JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SEU IMPACTO NA DEMOCRACIA

Organizador:
Júlia Ximenes

Escola de Direito
de Brasília - EDB

Organização
Júlia Maurmann Ximenes

JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SEU IMPACTO NA DEMOCRACIA

1ª edição

Autores:

João Francisco da Mota Junior

Ivete Maria de Oliveira Alves

Julia Maurmann Ximenes 34

Dárson Astorga De La Torre

Cândice Lisbôa Alves

IDP
Brasília
2014

Uma publicação Editora IDP
Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

O grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania - DDFC, da Escola de Direito de Brasília/EDB, instituição mantida pelo Instituto Brasiliense de Direito Público/IDP, conta com a participação de alunos da graduação, pós-graduação *lato-sensu* e mestrado, bem como professores e egressos do mestrado.

Em 2014 a centralidade do Direito e a discussão sobre a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, continuou permeando o projeto de pesquisa e os debates nos encontros. A premissa é a necessidade de discussão sobre a tensão entre Direito e Política a partir da análise da judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia.

Neste sentido, um marco teórico foi construído a partir de resenhas de autores que lidam com a problemática sob o viés do sujeito de direito. A primeira parte desta obra apresenta resenhas discutidas nas reuniões do grupo durante o primeiro semestre de 2014. Na segunda parte constam artigos que lidam com a problematização aqui apresentada - o reconhecimento de direitos de grupos marginalizados.

Os autores resenhados foram Michael Rosenfeld [1], Boaventura de Sousa Santos[2], Axel Honnet, Maurício Villegas e César Rodriguez[3]. O fio condutor foi a ideia de sujeitos de direitos a partir do reconhecimento e inclusão.

A problematizacão apresentada tem conexão com discussões do grupo em anos anteriores. Isto porque a judicialização da política e das políticas públicas apresenta-se como um fato hoje no Brasil. Neste sentido, o Direito precisa agora discutir também os impactos desta judicialização na democracia.

---

[1]ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. pp. 116.
[2]SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução Geral à Coleção. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasil, 2002, p. 13-82.
[3]HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003;
VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta pra la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In: VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César. Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estúdios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003, p. 15-66

A hipótese levantada nas discussões do grupo é de que além da linguagem dos direitos é preciso discutir sobre os sujeitos de direitos a partir de uma concepção de "inclusão". A reflexão reside justamente no papel que o Direito e o campo jurídico poderão exercer para que estes “desconhecidos" sejam “reconhecidos” como "sujeitos de direito". Esta talvez seja a grande conquista da Constituição de 1988: reconhecer os “excluídos” e pressionar para a efetivação de seus direitos. Esta é a lógica constitucional que precisa ser revisitada utilizando a democracia como paradigma e que apesar das conquistas ainda é considerada deficitária e o campo jurídico em alguma medida pode contribuir.

Assim, o grupo termina o ano de 2014 com uma obra que retrata sua parceria com a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, que contribuiu com um artigo para esta obra. Suas discussões teóricas contribuindo como fonte para futuras reflexões do grupo e de leitores, e proporcionando forte potencial de impacto na área do Direito.

Julia Maurmann Ximenes

Professora do Mestrado Constituição e Sociedade EDB/IDP

Líder do grupo DDFC

CAPÍTULO 1

A Identidade do Sujeito Constitucional de Michael Rosenfeld

João Francisco da Mota Junior*

Michel Roselfeld é professor de Direitos Humanos, Direito Constitucional e matérias afins da Faculdade de Direito Benjamin N. Cardozo, com PhD em Direito pela Universidade de Columbia. Escreveu vários livros, destacando *Just interpretations: law between ethics and politics* (1998), *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry* (1991) e L*aw, Justice, Democracy and the Clash of Cultures: A Pluralist Account* (Cambridge U. Press 2011), sem tradução para o português. Atualmente é reconhecido como um dos maiores constitucionalistas do mundo.

A obra analisada "A Identidade do Sujeito Constitucional"[4], traduzida por Menelick de Carvalho Netto, faz repensar a ideia de sujeito constitucional de forma que a identidade de um povo seja construída por meio da cidadania exercitada, desconstrutiva e reconstrutiva.

Esta resenha tem como objetivo trazer as principais ideias desenvolvidas na obra em comento, demonstrando sua importância para o constitucionalismo atual. Por esse motivo e pela relevância da obra e sua amplitude, estender-se-á a análise de modo que o pensamento do autor seja preservado, sem, contudo, excluir aspectos críticos e contextualização da obra no universo jurídico-constitucional.

Por traçar conhecimento do "eu" por meio da psíquica e ideias em constante construção, denota ser uma obra-base, cujos pensamentos não devem transpor barreiras do tempo e espaço.

---

* Graduado em Direito e Especialista em Processo Civil e Penal-UFBA, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas - UCSal/EMAB e Especialista em Direito Empresarial – UCAM/Instituto A Vez do Mestre. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasilense de Direito Público – IDP. Professor da Unieuro (Brasília-DF). Analista de Finanças e Controle - Controladoria-Geral da União, requisitado à Presidência da República.

[4] No original *The Identity of the Constitutional Subject* in Cardozo Law Review: Law and the Postmodern Mind – Jan./1995, p. 1049-1109. A obra foi reeditada e revisada em 2010, com o título *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community.*

Com ideias novas e criativas, o autor utiliza um estilo conciso, objetivo e coerente, de forma lógica e sistematizada o que confere ao leitor – de área jurídica ou não - clareza e entendimento do tema, além de sua originalidade, mesmo calcada em diferentes correntes jurídico-científicas e filosóficas.

A apresentação é do professor Menelick, que com maestria, sintetiza o pensamento da obra e situa o leitor no contexto democrático e pluralista universalizantes, característicos do constitucionalismo. Rosenfeld desnaturaliza os conceitos e doutrinas clássicas do constitucionalismo, por meio de emprego do instrumento da análise do discurso desconstrutiva: a negação, a metáfora e a metonímia. Com base nos princípios da liberdade e da igualdade, repensa-se "produtivamente o problema da efetividade dos direitos fundamentais" (ROSENFELD, 2003, p. III), com uma necessidade imperiosa de "reapropriação crítica da história constitucional de um povo para a contextualização concretizante do Direito Constitucional desse mesmo povo, bem como o caráter inafastavelmente contrafactual desse Direito" (ROSENFELD, 2003, p. III). Conclui Menelick (ROSENFELD, 2003, p. V) que:

> a cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivências e exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras.

A ideia de "reconstrução" permanente do sujeito constitucional juntamente com a existência de pluralidade, diversidade e respeito perpassam constantemente em toda obra, à luz do reconhecimento do "eu" (*self*) e do "outro", com a possibilidade de inclusão.[5]

O autor trabalha com um conceito próprio de desconstrução que liga esta à realidade da ontologia (da separação do "eu" e o "outro") e da ética da inclusão (ROSENFELD, 2000, p. 14-15). De fato, "é por referência ao outro que o sujeito se constitui como eu" (LACAN, 1979, p.19).

---

[5] Rosenfeld (2003, p. 35-36) entende que um autêntico eu constitucional não pode impor a sua vontade eliminando ou desconsiderando o outro, pois "a imposição irrestrita da vontade revolucionária não conduz ao constitucionalismo, mas ao reinado do Terror."

Extrai-se a problemática da obra de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades para forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos delas o suficiente para continuar viável no interior de sua comunidade política (ROSENFELD, 2003, p. 23).

Na Parte 1, "*A natureza evasiva do sujeito e da identidade constitucionais*", Rosenfeld busca explicar a dificuldade de conceituar "identidade do sujeito constitucional", por ser um próprio termo evasivo, problemático e ambíguo. As dificuldades pela conceituação transcorrem no tempo e ante as complexas e ambíguas relações como outras identidades relevantes, como as nacionais, as éticas e culturais e inevitáveis no pluralismo.[6] E na tentativa de fugir dessas relações, colocaria o conceito em "nível tão alto de abstração que a tornaria praticamente inútil" (ROSENFELD, 2003, p. 21).

O texto constitucional escrito é "inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis" (*IDEM*, p. 18), o que permite a identidade constitucional ser "reinterpretada e reconstruída" (*IBIDEM*). Consequetemente, a incompletude do texto constitucional deve estar sempre aberta à interpretação – por todos os intérpretes constitucionais, assim como o conceito de identidade constitucional. Neste contexto, a identidade constitucional surge como "algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto" (ROSENFELD, 2003, p. 23), pois se trata de um produto advindo do "processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão" (*IBIDEM*), vinculada aos direitos fundamentais da igualdade e de liberdade de expressão e não desvinculada a outras identidades.

Como exemplo, a expressão "Nós, o Povo" contemplada pela Constituição Americana de 1787 não significou nem representou todos os sujeitos constitucionais, daí a necessidade de permanente reconstrução.

---

[6] *In verbis*: "A identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject)* é tão evasiva e problemática quanto são difíceis os fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos. A própria ideia de *constitucional subject* é ambígua porque, no idioma inglês, o termo *subject* pode tanto se referir àqueles que se sujeitam à Constituição, ou seja, ser portador da ideia de súdito, aos elaboradores da Constituição, aos que a fizeram, como ainda à matéria que é objeto da Constituição (*subject matter*). Mais ainda, mesmo que estivéssemos claramente de acordo sobre 'quem' e 'o que' a expressão *constitucional subject* designa, o conceito de identidade constitucional continuaria sobrecarregado de dificuldades" (ROSENFELD, 2003, p. 17).

Esse “hiato” ou “ausência” da identidade constitucional tem marcante relação com a teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan, e com a teoria filosófica de Hegel.

Na busca de explicar a necessidade de reconstrução da ideia de sujeito constitucional na Parte 2 discute-se o conflito entre o “eu” (*self*) e o “outro” e a construção e reconstrução da identidade constitucional, de forma a determinar a posição do sujeito constitucional e justificar sua reconstrução.

Para se conhecer – e reconstruir – o sujeito constitucional faz necessário verificar a oposição entre o “eu” e o “outro” baseada nas ideias psicanalíticas de Hegel e Freud. Isto porque o constitucionalismo moderno não pode evitar o contraste entre o “eu” (*self*) e o “outro” pluralista (*selves*). Reconhecer o “eu” também implica reconhecer o outros “eus” no sistema constitucional pluralista

A fenomenologia de Hegel (2005), pautada na dialética luta entre o Senhor e o Escravo, está voltada para o reconhecimento do “eu” por meio do “outro”, uma vez que o sujeito surge como consciência da carência e da incompletude. “A questão do sujeito aparece somente após o sujeito em questão haver experimentado a dor da carência, da ausência e a irrealização da completude” (ROSENFELD, 2003, p. 31). Conseqüentemente, a identidade do sujeito passa a ser predicável com o reconhecimento dos outros. A ligação entre o “eu” constitucional com o “eu” pluralista constitucional deve ser entendida como algo tão intenso, que na relação entre Senhor e Escravo um se torne escravo e senhor do outro reciprocamente. Ou seja, um se sujeita ao outro.[7]

---

[7] Essa situação de alienação é explicitada por Menelick Carvalho Netto (2003, p.141-163) quando explana que: “O reconhecimento alcançado pela vitória e a dominação do outro transforma-o em coisa dominada e, de imediato, o reconhecimento obtido perde qualquer valor, posto que equivalente ao reconhecimento que se busca por intermédio da posse das coisas, da demonstração eterna de status. O vazio interior permanece e se agrava no interior do sujeito, levando-o a desejar possuir mais e mais coisas, e, assim, nunca será preenchido, o seu objeto de desejo nunca poderá ser satisfeito pela apropriação das coisas. Somente reconhecendo os outros como iguais, como pessoas iguais a mim, posso reconhecer a mim mesmo como sujeito de um processo de vida individual que só se dá na interação complexa da vida coletiva e aprender com esse processo, tornando-me sujeito portador de uma identidade própria. [...] A identidade constitucional não pode se fechar, a não ser ao preço de trair o próprio constitucionalismo.”

Aduz ainda Rosenfeld que, posteriormente, Lacan melhor elaborou essa relação de sujeição ao sair do mundo dos objetos de Hegel para entrar na ordem simbólica da linguagem, como o experimento da criança. À medida que a criança vai adquirindo e reconhecendo seu universo simbólico ela vai ganhando sua identidade.

De Hegel e Lacan[8], conclui o autor que (ROSENFELD, 2003, p. 39):

> O sujeito constitucional, que emerge do encontro do eu com o outro, fundado na ausência e na alienação, encontra-se em uma posição que requer que ele esqueça a sua identidade utilizando-se do *medium* de um discurso constitucional, enraizado em uma linguagem comum que vincula e une o multifacetado *eu* constitucional aos seus múltiplos outros.

O discurso, contudo, deve ser construído a partir do texto constitucional. O discurso constitucional, como instrumento, serve para "construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma autoidentidade plausível" do sujeito constitucional. A narrativa contrafactual preenche o hiato entre o "eu" e o "outro" constitucional.

Se o constitucionalismo articula-se com o pluralismo, o "outro" deve ser levado em conta, de modo que o constituinte deva "forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade" (ROSENFELD, 2003, p. 36).[9]

A identidade do sujeito constitucional só é adquirida no domínio subjetivo circunscrito pelo discurso constitucional.

A autoidentidade constitucional é construída, *pari passu*, por fragmentos do "sujeito parcial" projetados em um passado e um futuro incerto. E para que essa construção não deva ser arbitrária, deve ser suplementada por uma reconstrução, com imagem definida (2003, p. 41).

---

[8] THEODORO FILHO (2005, p. 60) sintetiza o pensamento, ao explicar que: "Percebe-se que as narrativas de Hegel e Lacan, tendo em vista os objetivos da teoria de Rosenfeld ao contemplar suas obras, apresentam conclusões consideravelmente semelhantes: o sujeito decorre da carência, e requer a mediação pelo reconhecimento dos outros em sua tentativa de adquirir a própria identidade – igualmente, a confiança inicial do sujeito em sua identidade (que se ampara na tentativa de defini-la por meio da incorporação dos objetos) revela-se alienante, pois resulta necessariamente na sujeição do sujeito ao outro."

[9] O constitucionalismo moderno, não olvidar, requer uma limitação do poder em face de um Estado de Direito e com a proteção dos direitos fundamentais. Assim, numa democracia e para o exercício de controle, o sistema de "checks and balances" se torna importante.

A exemplo do “vislumbre constitucional” e a “imagem definida” é a relação entre a efetividade das constituições, com todas suas prescrições normativas, e o constitucionalismo. Com efeito, “a antinomia entre o sujeito real e o ideal figura descaradamente na determinação da auto-identidade do sujeito constitucional com uma conseqüência das limitações e deficiências inerentes à efetiva posição historicamente situada desse sujeito” (ROSENFELD, 2003, p. 42)[10]. As necessidades de construção e reconstrução não elidem que devam ser adequadsa e legitimamente usadas para não se tornarem ferramentas perigosas.

Na antinomia entre o fato e a norma e entre o real e o ideal, as teorias reconstrutivas de Hobbes, Rousseau, Kant, Rawls, Habermas, e em especial, de Dworkin voltam-se para a fundamentação de uma justificativa normativa para o *status quo*, com críticas às instituições vigentes.

Construção e reconstrução representam “dois momentos distintos” e sempre em desenvolvimento da autoidentidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003, p. 44). Daí importante reconhecer que a tomada de decisão constitucional requer a escolha entre duas ou mais alternativas plausíveis. Como exemplo, a decisão da Suprema Corte dos EUA de 1973, que autorizou pela primeira vez o aborto, gerou um impacto inquestionável na identidade constitucional, sem com isso afirmar ter gerado uma crise.[11] Depois da construção, surge a reconstrução como tarefa de justificação e harmonização desses novos elementos com os anteriormente já existentes; ou de “recombinar todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e persuasivo”.

---

[10] Segundo THEODORO FILHO (2005, p. 70), “de acordo com Rosenfeld, a compreensão da relação entre a construção e a reconstrução da identidade constitucional depende da percepção da antinomia existente entre facticidade e validade, ou seja, entre fatos e normas, entre o real e o ideal. Duas são as principais conseqüências dessa antinomia para a identidade constitucional. A primeira delas relaciona-se com a justaposição entre as normas constitucionais e os fatos sócio-políticos e históricos: a partir de relevantes fatos históricos diversos, a aplicação de uma mesma norma constitucional pode conduzir a resultados diferentes e igualmente legítimos; similarmente, condições fáticas distintas podem produzir significados e sentidos distintos para uma mesma norma constitucional.”

[11] Ter-se-ia como exemplo pátrio a recente decisão do STF referente à união homoafetiva, onde as pesquisas de opinião apontam a sociedade brasileira estar praticamente dividida sobre o assunto.

Diante da teoria reconstrutiva de Ronald Dworkin a reconstrução da identidade constitucional deve adotar os limites normativos inerentes ao constitucionalismo.[12]

Rosenfeld (2003, p. 46) explicita melhor o funcionamento desses mecanismos se apoiando em Dworkin ao afirmar que a interpretação jurídica deve considerar o direito de cada pessoa a igual respeito e dignidade, porém, rejeita a integridade dworkiniana ante a interpretação judicial “com o corpus das interpretações judiais passadas” por ser inadequada e amorfa.

O autor (2003, p. 48) conclui o pensamento do capítulo indicando que a reconstrução “mais útil” pela solução plausível das contradições prevalentes depende de normas incorporadas no constitucionalismo e ao respeito de limites impostos pelo “horizonte de possibilidade”.

O discurso constitucional ao servir para justificar ou criticar as ordens constitucionais vigentes sempre utilizará de ferramentas para essa reconstrução do sujeito constitucional: negação, metáfora e metonímia.[13] Significar dizer que o discurso constitucional, portanto, preenche os hiatos que separam o sujeito constitucional no “eu” e no “outro” e a Constituição efetiva e os preceitos do constitucionalismo.

Ponto central da tese de Michel Rosenfeld, a negação, a metáfora e a metonímia formarão a identidade do sujeito constitucional, uma vez combinados e interagidos estes três elementos. Essas são as ferramentas de reconstrução desenvolvidas na Parte 3.

A negação, partida da concepção da dialética de Hegel, consiste no processo de exclusão, renúncia e rejeição do “eu” constitucional que se “torna um em si para si” (ROSENFELD, 2003, p. 51) e nesse processo puramente negativo

---

[12] Ainda que nessa parte da obra Rosenfeld atentou para as ideias de Ronald Dworkin, percebe-se que sua obra adota conotações ou substratos substancialistas (Dworkin) e procedimentalistas (Habermas), embora o autor tenha feito críticas as teorias dworkinianas (1998b, p. 17) e habermasianas (1998a). Nota-se, no entanto, a aproximação do autor a um processo dialógico e à democracia deliberativa. Lembra-se ainda que Habermas rebateu as críticas de Rosenfeld em “A inclusão do outro” (2002, p. 337). Outrossim, “a tensão existente entre o procedimentalismo e o substancialismo, em um Estado Democrático de Direito, revela justamente a intensidade da divergência entre o pluralismo e o consenso” (CIARLINI, 2013, p. 68).

[13] Nota-se a postura do autor com aproximação da lingüística, quando as duas últimas são figuras de linguagem.

e oposicional resta focado aquilo que o “sujeito não é, sem se revelar o que ele é” (*IBIDEM*).

Na lógica dialética hegeliana, o processo de “negação” passa por três estágios. No primeiro estágio, o sujeito “nega” tudo: repudia o passado, rejeita tradições, reprime pluralidade, exclui tendências e renuncia sonhos.

O sujeito constitucional experimenta a si próprio como uma carência, ausência ou hiato, e na busca de preencher este vazio, desenvolve uma identidade positiva, correspondente ao segundo estágio da negação. Assim, no segundo estágio, há incorporação “seletiva das identidades descartadas” quando o sujeito incorpora tradições em seu benefício; ou seja, concepções excluídas são readmitidas. Para melhor compreensão desses dois estágios, o autor exemplifica a existência de religiões e suas aceitações/convivências, quando num primeiro momento há completa rejeição na esfera privada perante as demais, para em seguida serem readmitidas pelo pluralismo. Nessa lógica dialética, “o sujeito constitucional deve negar a sua subjetividade para manter uma identidade” (ROSENFELD, 2003, p. 56).

No terceiro estágio, há a negação da negação que consiste em compreender que o material bruto da identidade positiva do sujeito constitucional advém do mundo objetivo, e para sua seleção combina fatores próprios, subjetivos para a construção de sua própria identidade. Lembra-se apenas que a complementação dessa identidade positiva está submetida aos limites normativos impostos pelo constitucionalismo.

Entretanto, a negação tanto servirá como ferramenta de construção quanto de reconstrução como se pode verificar nas contradições norte-americanas em relação à escravidão, quando a Constituição de 1787 se refere a “Nós, o Povo” e a Declaração da Independência de 1776 a “todos os homens nascem iguais”. Isto fez com que no caso Dred Scott, a Suprema Corte compatibilizou a escravidão ao constitucionalismo, por meio da reconstrução fundada na negação.

A metáfora, por sua vez, tem a finalidade de interagir a identidade (similaridade) e a diferença, por um processo de combinação e substituição, de modo que similaridades são reunidas e enfatizadas graças às diferenças.

Utilizando o conceito de condensação de Sigmund Freud, a formação do sonho enfatiza características e elementos complexos e multifacetados e para se “condensar” realiza uma função de substituição, substituindo composto feito de similaridades mas não idênticas.

Lacan, por seu turno, sistematiza o conceito freudiano de metáfora com a teoria lingüística de Roman Jakobson, concebendo a função metafórica como “relação de similaridade por códigos e outros termos, ao vincular signos segundo um eixo paradigmático” (ROSENFELD, 2003, p. 63). Somente se chegará ao significado após a interação entre as funções metafórica e a metonímica.

A metáfora serve para auxiliar a retórica jurídica e o discurso constitucional.

No “enfatizar similaridades às custas das diferenças” permite entender a função metafórica do princípio da igualdade que levado à indiferença veda distinções de raças, mas levado estritamente negaria a existência de ações afirmativas raciais[14]; ou no caso das relações homossexuais que interpretadas na similaridade não enfatizariam os gêneros mas a abstração de ser indivíduo, com suas intimidades e privacidades.

A metonímia opõe-se à busca da metáfora por similaridades relacionadas a um código, de forma a promover uma relação de continuidade dentro de um contexto sintagmático. Mas uma vez, apoiado o autor no conceito de Lacan e Jakobson, utiliza o conceito de deslocamento freudiano. Isto porque, inconscientemente o sujeito constitucional pode “deslocar” um sentido de um código para outra relação, como no exemplo citado do ódio de um tio que usa bengala à associação avessa a qualquer um quem usa bengala.

---

[14] Ressalta-se que Rosenfeld é um dos grandes defensores das ações afirmativas, para o autor: “As ações afirmativas parecem ser particularmente adequadas para reconduzir as perspectivas de cada um ao ponto onde elas provavelmente estariam caso não houvesse a discriminação. Sempre que uma deficiência de meios (educacionais ou não) for atribuível a uma violação de direitos, as ações afirmativas concebidas para eliminar a redução de perspectivas de sucesso correspondente a essa correspondente a essa deficiência de meios são por natureza compensatória” (ROSENFELD, 1991, p. 288).

A metáfora é o eixo vertical paradigmático baseado na sincronia (simultaneidades) enquanto que a metonímia é o eixo horizontal sintagmático da diacronia (sucessividade).[15]

Daí a importância em contrapor os argumentos das similaridades com àquelas que enfatizam as diferenças, mediante a contextualização.

Entende-se, assim, que a função metonímica ao se opor à função metafórica favorece a dialética, o discurso e amplia os argumentos postos. Com efeito, em face da heterogeneidade e pluralismo, “a identidade constitucional não pode ser reduzida à mera relação de semelhança” (ROSENFELD, 2003, p. 74). Contudo, a metonímia assim como a metáfora tanto pode ampliar quanto restringir direitos constitucionais.

Noutro lado, a metonímia envolve mais que mera contextualização, chegando-a até mesmo a absolutizar o deslocamento, como se verifica em flutuações nas decisões da Suprema Corte (EUA) em termos de religião, como nas orações feitas na abertura da sessão legislativa ou na expressão cunhada na moeda, ou ainda, na proteção da escusa de consciência. Como demonstração, destaca-se o caso Lynch *versus* Donney relativo à exibição de presépio em decoração natalina da cidade. Nesse julgamento de 1984, ao combinar a negação com o deslocamento metonímico o Tribunal entendeu que a exibição pública do presépio não configurava ausência de finalidade secular nem uma adoção oficial de religião, mas representam a contextualização no comércio e outras tradições nacionais seculares associadas até hoje ao Natal. Para Rosenfeld, esse julgamento “ao cultivar o antagonismo dessas duas posições entrincheiradas, cuidou de promover a religião dominante mediante um duplo deslocamento que pode parecer um esforço no sentido de apaziguar ambas as forças antagônicas” (ROSENFELD, 2003, p. 80). E, mais adiante, conclui que (*IDEM*, p. 80-81):

> o deslocamento metonímico, de forma consistente com essa moldagem, possibilita a identidade constitucional conformada pela religião dominante a permanecer oculta por detrás da máscara do

---

[15] Para THEODORO FILHO (2005, p. 95): “o sistema, ou paradigma, é concebido como o eixo do repertório de símbolos e regras onde se realiza a seleção dos signos” e o “sintagma é concebido como o eixo de combinação dos signos em cadeias sintagmáticas complexas, que constituem o discurso propriamente dito.”

> tratamento equânime e da neutralidade no que se refere às religiões.

A relação – e sua interação – entre a negação, a metáfora e a metonímia reconstrói o discurso constitucional e a identidade constitucional, até porque elas se combinam no curso dessas reconstruções de identidade. A metáfora cria a relação com referência a um código, enquanto que a metonímia o faz por meio de um contexto. Desvinculadas entre si não apresentam significação coerente. Daí dizer que os processos metafórico e metonímico se cruzam para se formar um processo dialético. O risco ocorre quando há inclinação por um desses processos guiados pelos interesses nos resultados jurídicos.

Salienta-se que em qualquer época ou lugar a identidade constitucional sempre vai surgir como um hiato, uma carência ou ausência, superados pela negação, metáfora e metonímia (ROSENFELD, 2003, p. 92).

A função da confluência dos limites estruturantes impostos por uma ordem constitucional e pela herança sociocultural da forma política relevante (*polity*) permite a relação de certas identidades e diferença, a fim de realizar um projeto de reconstrução constitucional, sendo que esses limites também se valem de narrativa significativa da negação, da substituição (metáfora) e do deslocamento (metonímia) (ROSENFELD, 2003, p. 90).

O Direito Constitucional reafirma sua importância nessa reconstrução quando promove a autoafirmação e emancipação do “eu” quanto do “outro”, corroboradas com a força coercitiva da Constituição. Ao se construir a identidade constitucional ele também funciona como promotor de reconciliação ou equilíbrio entre o eu e o outro. [16] A Constituição, portanto, é de (re)construção da identidade constitucional.

Neste particular, ao permitirem uma abertura da Constituição de forma democrática e dialógica, as ideias de Rosenfeld se aproximam da “sociedade aberta” preconizada por Peter Häberle (1992, p. 36), uma vez que a democracia também se desenvolve por “formas refinadas de mediação do processo público e

[16] Na obra estudada, o autor, todavia, não indica onde ou em que espaços poderiam haver essa discussão ou reconciliação entre o “eu” e o “outro”, além do universo interior, subjetivo.

pluralista da política e da práxis cotidiana", o que denota uma clara aproximação com a democracia deliberativa. Ressalta-se que em outra oportunidade Michel Rosenfeld (1994, p. 26-27) defendeu que a decisão final sobre a Constituição não pode ser restringida única e exclusivamente ao Poder Judiciário, mas também deve devem ser observadas normas extralegais, decorrentes do processo de deliberação democrática.

No processo reconstrutivo, todavia, não há como fugir dos fatores de tradição. No entanto, a negação da tradição e negação da negação representam dois momentos distintos no processo dialógico-reconstrutivo. Deve-se entender a Constituição como tradição por um lado, e contradição de outro, e a nova tradição também se vincula à contratradição e às tradições (pré-constitucionais) estabelecendo "conexões metafóricas e metonímicas entre elas" (ROSENFELD, 2003, p. 105) pela sobredeterminação.[17] A sobredeterminação, ao sintetizar estes três aspectos das tradições que envolvem a Constituição, "assegura que as tradições sejam usadas para moldar os direitos constitucionais de modo a se tornarem legítimos e adequados" (SILVEIRA, 2011, p. 106).

Essa nova tradição a ser incorporada no *Due Process liberty rights* não pode subverter ou ameaçar a contratradição que sustenta a ordem constitucional, nem violar ou enfraquecer os limites estruturantes inerentes do constitucionalismo; ela deve ainda prestar vinculo pós-fático plausível com a tradição (pré-constitititucional) pré-existente e suscetível de ser amplamente aceita como válida por uma maioria na comunidade política (*polity*).

A tradição sobredeterminada não é arbitrária, mas também não é estática ou permanente por seu sensível às diferenças do tempo e lugar.

Conclui o autor que o processo de construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional se desenvolve e se reinventa quando funde fragmentos das tradições pré-constitucionais, a contratradição constitucional e os novos elementos carentes de tradição específica passada.

---

[17] Rosenfeld (2003, p. 94) ao explicar o fenômeno da sobredeterminação, faz paralelismo entre o direito e a psicologia da teoria freudiana com suas diferentes tendências psíquicas, sendo que ela resulta da combinação de diferentes associações metafóricas e metonímicas.

Em suas notas conclusivas (Parte 4 – *o potencial e os limites da busca pelo sujeito constitucional para o equilíbrio entre o "eu" self e o "outro*"), observa-se que Rosenfeld não apresenta resposta certa para o problema posto, inclusive demonstra um hiato a ser preenchido ou um processo inacabado. No entanto, ressalta um encorajamento, preocupação e limites na busca do sujeito constitucional e o equilíbrio entre o "eu" e o "outro".

O sujeito constitucional deve ser visto como algo em evolução, e, sua identidade repousa na invenção e reinvenção das tradições, de acordo com os limites estruturais, funcionais e culturais.[18]

Na observância desses limites, levar-se-á em conta que não há como separar o "eu" (self) e o "outro", seja porque no âmbito interno é pluralista, seja porque na esfera externa convive-se e se distingue de outras comunidades políticas.

A tensão (*the dialectic*) entre o "outro" externo e o interno favorece alcançar o equilíbrio entre o *self* e o outro, com cuidados e respeito mútuos.[19] Contudo, uma reconciliação entre eles é "algo necessariamente inalcançável" (ROSENFELD, 2003, p. 114), pois, "é impossível se ascender a uma posição neutra, eqüidistante de todas as diferenças que competem por inclusão no interior do sujeito constitucional" (*IBIDEM*).

Não existe neutralidade constitucional. Entretanto, acomodar as diferenças e pelo caráter mutável desse processo, um ajustamento mútuo torna-se mais possível e inclusivo.

Ao reconhecer a necessidade de reconstrução permanente da identidade do sujeito constitucional, o constitucionalismo e a Constituição dão abertura democrática a novas (re)construções, por meio de um processo

---

[18] "A construção da identidade constitucional é feita a partir de várias e ambíguas relações entre a tradição, etnia, cultura, identidade nacional e vários outros componentes. Encontra-se, dessa forma, dificuldade em se falar com certeza do que ela é composta, pois, ao se forjar uma constituição, ela estará sempre propícia a modificações ou releituras, porque deve-se levar em consideração a evolução social" (COSTA, 2011, p. 52).

[19] Rosenfeld (2003, p. 113) defende que o *self* deve buscar se reconciliar com os "outros" internos e adotar um enfoque inclusivo (*inclusionary*) em relação a eles, enquanto que no tratamento com os "outros" externos, o *self* deve mantê-los à distância com uma postura excludente (*exclusionary*), se assentada "sobre uma base de legitimidade moralmente defensável".

discursivo e levando em consideração às tradições passadas e presentes, baseadas na pluralidade, similaridades e diferenças do “eu” e dos “outros”. Eis a importância da leitura de “A Identidade do Sujeito Constitucional” a todo sujeito constitucional.

Referências

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais. *In*: José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Beatriz Souza. A Construção do Sujeito Constitucional Ambiental. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v.8, n.15, p.43-61, Janeiro/Junho de 2011.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. A Inclusão do Outro - Estudos de Teoria Política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HEGEL, G. W. F. Fenomenologia do Espírito. Tradução de Paulo Meneses. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LACAN, Jacques. Seminário I – Os Escritos Técnicos de Freud. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979.

ROSENFELD, Michel. ***Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry***. 1 ed. New Haven: Yale University Press, 1991.

________. *Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). ***Constitutionalism, identity, difference and legitimacy***. Durham and London: Duke University Press, 1994.

________. ***Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges***. Berkeley: California Press, 1998a.

________. ***Just interpretations: law between ethics and politics***. Berkeley: California Press, 1998b.

________. ***Les Interprétations Justes***. Paris/Bruxelas: Bruylant/LGDJ, 2000.

________. ***The rule of law, and the legitimacy of constitutional democracy***. Working Paper Series, vol. 36, mar./2001. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350> ou < http://www-bcf.usc.edu/~usclrev/pdf/074503.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

SILVEIRA, Régis Cornélius Celeghini. O pluralismo abrangente de Michel Rosenfeld. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A Legitimidade do Discurso Constitucional: uma Análise da Jurisdição Constitucional fundamentada na Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional de Michel Rosenfeld. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2005.

CAPÍTULO 2

Reinventando a emancipacão social

Ivete Maria de Oliveira Alves[20]

Boaventura de Sousa Santos é doutor em sociologia do direito pela Universidade de Yale, professor catedrático da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, *Distinguished Legal Scholar* da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin-Madison e *Global Legal Scholar* da Universidade de Warwick. É também diretor do Centro de Estudos Sociais e Coordenador Científico do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa[1] - ambos da Universidade de Coimbra. Foi fundador e diretor do Centro de documentação 25 de Abril entre 1985 e 2011. Tem trabalhos publicados sobre globalização, sociologia do direito, epistemologia, democracia e direitos humanos. Os seus trabalhos encontram-se traduzidos em espanhol, inglês, italiano, francês e alemão. É internacionalmente reconhecido como um intelectual importante da área de ciências sociais, e tem especial popularidade no Brasil, onde participou de três edições do Fórum Social Mundial em Porto Alegre.

Esta obra sob análise é uma introdução à coleção composta por sete livros, que são o resultado principal do projeto de pesquisa Reiventar a Emancipação Social: Para novos Manifestos. O tema central dessas pesquisas é o que o próprio Boaventura denominou de globalização alternativa. O projeto foi desenvolvido em seis países – África do Sul, Brasil, Colômbia, Índia, Moçambique e Portugal.

O objetivo desta resenha é demonstrar que existem estudos que questionam ideias que parecem ter vindo para ficar. Ideias e padrões de comportamentos sociais que tem se espalhado pelo mundo, como se fossem a

---

[20] Ivete Maria de Oliveira Alves, membro do grupo de pesquisa Democracia, Direitos fundamentais, e Cidadania do IDP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília –DF. Advogada, professora e coordenadora do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Cenecista de Unaí-MG. Email: ivetemariaoliveira@yahoo.com.br.

receita ideal para o desenvolvimento. Dentre estas ideias, está a democracia representativa, que tem sido proclamada como algo brilhante e capaz de contribuir eficazmente para o desenvolvimento. Esta ideia tem sido imposta, pelos países ocidentais desenvolvidos do hemisfério norte, ao resto do mundo.

Nesta coleção de livros estão relatos de experiências ocorridas em países periféricos, onde foram adotadas práticas diferentes da democracia representativa. E o resultado foi muito positivo. Estas experiências apresentam características que põem em cheque a globalização neoliberal, que é importante e hegemônica, mas não é o único modelo de organização estatal.

Na introdução geral identifica-se a emergência de uma nova globalização, formada por redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais ou não, que mesmo distantes mobilizam-se para lutar contra a exclusão social, a precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, destruição do meio ambiente e da biodiversidade, desemprego, violações dos direitos humanos, pandemias e os ódios produzidos pela globalização neoliberal.

> Há, assim, uma globalização alternativa, contra-hegemônica, organizada da base para o topo das sociedades. Esta globalização é apenas emergente, mas é mais antiga que a sua manifestação mais consistente até hoje, a realização do primeiro Fórum Social Mundial em Porto Alegre, em janeiro de 2001 (SANTOS, 2002, p. 13).

Esta proposta de um modelo alternativo é o resultado da constatação de que o cenário atual demonstra que o modelo hegemônico não tem alcançado os resultados prometidos. Os benefícios do desenvolvimento não têm chegado de forma proporcional a todos os cidadãos. Assim, o modelo pode, e já começa a ser questionado. Será que não é possível uma outra forma de atuar dos governos e dos mercados que possibilite resultados mais benéficos para todos?

Esta questão problemática parece ter sido o motor que impulsionou os pesquisadores[21], envolvidos neste projeto ao analisarem iniciativas em cinco

[21] Sakhela Bujlungu, na Àfrica do Sul; Maria Célia Paoli, no Brasil; Maurício Garcia Villegas, na Colômbia; Shalini Randeria e Achuyt Yagnik, na Índia; Teresa Cruz e Silva, em Moçambique e João Arriscado Nunes, em Portugal .

diferentes domínios sociais.[22] E ainda um subprojeto com outros estudos de cientistas sociais e sociais-ativistas, chamado Subprojeto Vozes do Mundo. Todas as pesquisas se desenvolveram sob a coordenação de Boaventura.

Inicialmente apresenta-se como pressuposto deste projeto que a globalização não é algo novo, pois significa uma expansão exponencial das relações transfronteiriças, que ora são voluntárias ora são forçadas, são conjuntos de relações sociais desiguais. Em outras palavras, são várias globalizações e não uma globalização. Neste projeto tratou-se da denominada globalização do capitalismo neoliberal, como hegemônica e contra hegemônicas, as iniciativas locais-globais dos grupos sociais subalternos e periféricos, que resistem à opressão do modelo imposto pelos países do norte.

O projeto foi concebido e desenvolvido fora dos centros hegemônicos e seu primeiro desafio foi questionar como poderiam converter sua excentricidade e relativa marginalidade em uma energia inovadora? Esta inovação seria apenas uma nova epistemologia contra-hegemônica ou teria potencial para transformar-se em uma nova hegemonia? E esta nova hegemonia seria melhor que a atual? Melhor para quem? Estas indagações são de grande importância e requerem uma reflexão profunda. É difícil identificar os reais beneficiários pelas práticas desenvolvidas. Pode-se arriscar a dizer que deve-se beneficiar ao povo. Mas quem é o povo?

Já dizia Friedrich Müller (2009) que povo é um conceito operacional que oscila sob o império do poder realmente dominante, mas que é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica à justificativa para qualquer ação do Estado. Supor uma única vontade do povo permanente por trás de um ordenamento jurídico é uma ficção sumamente cômoda. Pois, elimina o problema da falta de legitimidade. Mas reconhece que o legislador, representante do povo, sofre sob as circunstâncias fáticas e oscilações valorativas e nem sempre representa a vontade dos seus representados.

---

[22] Democracia participativa; sistemas alternativos de produção; multiculturalismo, justiça e cidadania culturais; luta pela biodiversidade entre conhecimentos rivais; novo internacionalismo operário. Além de outros estudos de cientistas sociais e sociais-ativistas.

Ademais a vontade geral de Rosseau (1981), aquela que não erra, somente seria possível a um povo de Deuses. Mesmo que o povo de carne e osso não seja um povo de Deuses, ele é o titular do poder originário, que segundo Bobbio (1999), é o somatório das forças políticas que, num determinado momento histórico, dominaram as regras e instauraram um novo ordenamento jurídico; assim a força é um instrumento necessário ao poder, porém não o justifica, apenas é necessária para a edificação do Direito. A construção de um ordenamento jurídico é uma guerra de forças contrárias em busca do consenso, ou seja, da vontade geral[23].

Constata-se que o modelo hegemônico globalizado tem devorado as promessas de progresso, liberdade e igualdade para o povo. A desordem dos mercados financeiros é a metáfora de uma forma de regulação social que não regula e de uma emancipação social que não emancipa. Ao contrário, o modelo implantado tem integrado os povos através da exclusão de muitos, especialmente dos Estados do sul. Até os cientistas tornaram-se mercenários dos poderes vigentes, estabelecendo barreiras entre ciência e política, entre conhecimento e ação, entre a racionalidade e a vontade, entre a verdade e o bem.

Portanto o objetivo do projeto resume-se na renovação científica que pretende, com o objetivo de reinventar a emancipação social.

Para alcançar este objetivo o autor inicia fazendo uma reflexão sobre a necessária renovação das ciências sociais. Considera que a arrogância científica não reconhece conhecimentos alternativos o que contribui para a não emancipação social. Isto conduz a uma crise de confiança epistemológica, de crescente confrontação entre conhecimentos rivais. E ainda constata que os pesquisadores dos países semiperiféricos, tem tido dificuldades de manter sua autonomia diante dos interesses hegemônicos hierarquicamente superiores, e muitas vezes sucumbem seu saber por interesse mercenário. É nestes países semiperiféricos que mais intensamente colidem as forças da globalização hegemônica e as forças da globalização contra-hegemônica. Contudo, neles surgem fortes comunidades científicas que insistem em lutar contra a hierarquia

[23] Para Rosseau (1981) somente a vontade geral manifestada pelo povo em deliberação pública é legitima para estabelecer as regras que deverão obedecer.

imposta pelo modelo hegemônico globalizado e buscam alternativas para superá-lo. Com propostas que possibilitem uma ciência menos imperial e mais multicultural, uma relação mais igualitária entre conhecimentos alternativos, colocados a serviço das tarefas de reinvenção da emancipação social.

Neste ponto Boaventura (2002) constata um universo que grandes problemas, entre os quais destaca-se: é possível identificar quais as propostas, meios e objetivos são realmente lutas pela emancipação social? Existem diferentes graus de emancipação? Esta pode existir sem a emancipação individual? Emancipar-se de quem? Para que? Contra quem? Quem pode contribuir neste processo? Existem outras formas de emancipação? Reivindicamos algo novo ou apenas damos às velhas reivindicações novos discursos?

Após apresentar toda esta problemática o autor apresenta os temas que são o objeto da pesquisa: a democracia participativa; os sistemas alternativos de produção; o multiculturalismo emancipatório, a justiça e a cidadania; a biodiversidade e os conhecimentos rivais; e o novo internacionalismo operário. A escolha é justificada por serem temas onde os conflitos epistemológicos, socioeconômicos, culturais e políticos entre o Norte e o Sul, entre o centro e as periferias são mais intensos.

A eleição dos países a serem pesquisados foi feita por critérios pragmáticos. Onde o autor já realizara pesquisas anteriormente (Portugal, Brasil, Colômbia e Moçambique) e por atração pessoal (Índia e África do Sul).

Chega a duas conclusões: a primeira é que o paradigma da ciência moderna está exaurido, atravessando grande crise final, abrindo espaço para inovações. A segunda é que a sociologia está preocupada com discussões teóricas estéreis, como os moldes de produção do poder e não uma análise estrutural-fenomenológica das formas de poder social (patriarcado, exploração, fetichismo das mercadorias, diferenciação identitária desigual, dominação e troca desigual); que são para Boaventura (2002, p. 26) os principais rostos da opressão nas sociedades contemporâneas.

Desta forma as ações rebeldes, quando coletivizadas são a resistência social a estas formas de poder e quando organizadas constituem a globalização

contra-hegemônica. Cada um dos temas escolhidos para o projeto de pesquisa confronta uma ou várias destas formas de poder.

> Assim, a democracia participativa confronta privilegiadamente a dominação, o patriarcado e a diferenciação identitária desigual; os sistemas de produção alternativos confrontam em especial a exploração, o fetichismo das mercadorias e a troca desigual; o multiculturalismo emancipatório e as justiças e cidadanias alternativas resistem em especial à diferenciação identitária desigual, à dominação e ao patriarcado; a biodiversidade e os conhecimentos rivais confrontam privilegiadamente a troca desigual, a exploração e a diferenciação identitária desigual; finalmente, o novo internacionalismo operário resiste em especial à exploração, à troca desigual e ao fetichismo das mercadorias. (SANTOS, 2002 p. 27).

Esta proposta ampla é feita porque o projeto baseia-se na ideia de que somente haverá emancipação social na medida em que houver resistência a todas as formas de poder. Ou seja, todas as instituições e atores sociais, tem importante papel a desempenhar para que as propostas não se tornem mera rebeldia sem nenhum resultado efetivo.

Vivemos um tempo paradoxal. Pois se por um lado hoje parecem reunidas as condições técnicas para cumprir as promessas da modernidade ocidental, como as promessas de liberdade, igualdade, solidariedade e paz, que constituem a emancipação social, por outro lado, é cada vez mais evidente que tais promessas nunca estiveram tão longe de ser cumpridas. Se nenhuma das ideologias presentes e passadas conseguiram cumprir estas promessas, propõe-se a reinvenção da emancipação social. Uma outra forma de globalização, uma globalização alternativa, contra-hegemônica. Que permita uma maior inclusão e justiça social. “Em minha opinião, é nesta globalização alternativa e no seu embate com a globalização neoliberal que estão sendo tecidos os novos caminhos da emancipação social” (SANTOS, 2002, p. 30).

A coleção é composta por cinco volumes e trata da democracia participativa, modelo contrário ao modelo que se tornou globalizado hegemonicamente. O modelo de democracia que foi globalizado é o modelo de democracia liberal representativa que se caracteriza por uma democracia de baixa intensidade, baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e

em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Mas paralelamente a este modelo existem iniciativas de democracia participativa mesmo que na forma embrionária. Para Boaventura (2002) a melhor alternativa seria a complementaridade dos dois modelos e não a exclusão de um em prol da existência do outro.

A Democracia assumiu um lugar central no campo político durante o século XX. Ademais quando depois do pós segunda guerra, surge o debate sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre a democracia e o capitalismo.

> Haveria, portanto, uma tensão entre capitalismo e democracia, tensão essa que, uma vez resolvida a favor da democracia, colocaria limites à propriedade e implicaria em ganhos distributivos para os setores sociais desfavorecidos. Os marxistas, por seu lado, entendiam que essa solução exigia a descaracterização total da democracia, uma vez que nas sociedades capitalistas não era possível democratizar a relação fundamental em que se assentava a produção material, a relação entre o capital e o trabalho (SANTOS; AVIRTZER, 2002, p. 40).

Diante desta tensão discutiam-se modelos alternativos ao modelo democrático liberal. Neste debate estrutural da democracia, Sen (1999) considera que não é o país que deve estar preparado para a democracia, mas sim que qualquer país se prepara através da democracia. Esta seria uma condição para o desenvolvimento e redução das desigualdades.

Mas qual seria o significado estrutural da democracia para os países em desenvolvimento do sul? Quais seriam suas formas? Qual sua qualidade? Como combater as crises de representatividade e o abstencionismo?

Mesmo diante destas difíceis questões problemáticas o modelo democrático representativo foi implantado e difundido ao resto do mundo de forma hegemônica, sem atentar-se para realidades e características locais.

O debate sobre a democracia na primeira metade do século XX foi marcado por duas concepções de mundo. Uma liberal-democrática (MACPHERSON, 1966) e outra marxista-democrática (PATEMAN, 1970). Deste enfrentamento surgiram as concepções hegemônicas no interior da teoria de democracia que passa vigorar na segunda metade de século XX.

A ideia inicial de uma gestão participativa (ROSSEAU, 1981), sucumbiu-se diante da complexidade e burocracia dos sistemas de eleições e processos legislativos, características da sociedade de consumo de massa e do Estado de bem estar-social.

O fracasso deste Estado de bem estar-social, com o não cumprimento das promessas de redução de desigualdade e inclusão, o excesso de burocracia e a falta de transparência e prestação de contas, tem reiniciado um debate em torno dos chamados arranjos participativos, com a instauração de uma grave crise de representatividade. Especialmente quando a diversidade de interesses se choca com o particularismo de elites econômicas.

Assiste-se ao lado da formação do modelo elitista democrático a formação de uma concepção alternativa ou contra-hegemônica, que nega as concepções substantivas de razão, as formas homogeneizadoras de organização da sociedade, e reconhece a pluralidade humana. “O problema da democracia nas concepções não hegemônicas está estreitamente ligado ao reconhecimento de que a democracia não constitui um mero acidente ou uma simples obra de engenharia institucional.” (SANTOS, 2002, p. 50).

As concepções não hegemônicas implicam em abordagens que rompem com trajetórias sociais, abrindo espaço para uma ampliação do procedimentalismo[24] como prática social e não como método de constituição de governos. O espaço para o procedimentalismo foi aberto por Jurgen Habermas.

Para Habermas (1992) a esfera pública é um espaço no qual indivíduos podem problematizar as questões de desigualdade na esfera privada, em público. Questionando condições de desigualdade e exclusões. Esta teoria aproxima-se

---

Adeptos da postura procedimentalista: ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review.* Cambridge: Harvard University Press, 1997; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001 (LEAl, 2010).

[24] Adeptos da postura substancialista: RAWLS, John. *A theory of justice.* Cambridge: Belknap Press, 1999; RAWLS., John. *O liberalismo político.* Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Cambridje: Harvard University Press, 1977; DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law, the moral reading of the American Constitution.* Cambridge: Harward University Press, 1996; DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Tradução de Jeffeerson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999 (LEAL, 2010).

da ideia de democracia participativa contra hegemônica proposta pelos países do sul e distancia-se da democracia representativa hegemônica imposta pelos países do norte. Neste contexto é grande a importância da participação dos movimentos sociais, na luta pela ampliação da cidadania e inserção na política dos atores sociais excluídos. Propõe-se uma nova significação para a democracia e constituição de uma nova gramática social, como forma de uma reinvenção da emancipação social. Todas iniciativas estudadas no projeto apresentam essas características. “Assim, todos os casos de democracia participativa estudados iniciam-se com uma tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da gramática social e de incorporação de novos atores ou de novos temas à política” (SANTOS, 2002, p. 56).

As pesquisas demonstraram a possibilidade da inovação, com discussões sobre novas temáticas antes deixadas de lado, como inerente aos processos de libertação e democratização. Especialmente temáticas locais de interesse das sociedades locais. Contudo estas discussões envolvem grandes dificuldades, esbarram em conflitos de interesses e fragilidades institucionais, muito marcantes em todas as práticas desenvolvidas pelos países pesquisados. O que muitas vezes conduzem a uma situação de desmobilização cidadã e a demanda por igualdade e justiça acaba deslocando-se do campo político para o campo jurídico.

A pesquisa demonstrou que o Brasil e a Índia são os países com maior potencialidade para a democracia participativa. As práticas estudadas tiveram origem em movimentos sociais, que questionaram práticas de exclusão, através de novas ações que geram novas normas e novas formas de controle do governo pelos cidadãos (SANTOS, 2002).

Como conclusão do projeto Boaventura (2002) afirma que levantaram mais questões do que deram respostas. O que demonstra a fidelidade à proposta inicial que era mostrar práticas concretas que inovam os horizontes de emancipação social.

Primeira questão: A perda da demodiversidade. (redução da coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas

democráticas, desenvolvidas dentro do contexto econômico e cultural de cada sociedade).

Segunda questão: O local e o global (a força da globalização contra-hegemônica no domínio da ampliação e do aprofundamento da democracia depende em boa medida da ampliação e aprofundamento de redes nacionais, regionais, continentais ou globais de práticas locais).

Terceira questão: Os perigos da perversão e da cooptação (reversão dos objetivos de inclusão social e reconhecimento das diferenças).

Quarta questão: Democracia participativa e democracia representativa (coexistência e complementaridade. Democracia representativa em nível nacional e participativa em nível local).

No último ponto, Boaventura (2002) relaciona três teses para o fortalecimento da democracia participativa. Pelo fortalecimento da demodiversidade; fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global e ampliação do experimentalismo democrático.

Boaventura (2002) relata pormenorizadamente as observações feitas pelos pesquisadores ao longo do desenvolvimento do projeto. Destaca a forma como a democracia tem se manifestado, em cada um dos países pesquisados e identifica os pontos que considera positivos, nas experiências reais relatadas.

Desta forma, o objetivo desta resenha é alcançado, na medida em que o trabalho demonstrou que existem estudos que questionam ideias que parecem ter vindo para ficar. Recomenda-se a leitura desta obra pois, expõe uma pesquisa levada a finco com muita seriedade, que revela sérios problemas da democracia representativa e sobretudo pela preocupação em demonstrar casos concretos de práticas diferentes, que identificaram problemas locais e encontraram soluções com formas alternativas e apresentaram resultados satisfatórios.

Referências

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Publicações Europa-América, 1981.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução Geral à Coleção. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasil, 2002, p. 13-82.

CAPÍTULO 3

Reconhecimento de direitos - controvérsias aplicadas a América Latina

Julia Maurmann Ximenes[25]

Dárson Astorga De La Torre[26]

Esta resenha trabalhará com dois textos e buscará conectar a controvérsia proposta no título - a questão do reconhecimento dos direitos na América Latina. Assim, a primeira obra retratada é a de Axel Honneth, "A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais"" (2003). A segunda é um artigo de Maurício Garcia Villegas e César Rodriguez, (2003) "Derecho y sociedad em América Latina: um debate sobre los estudos jurídicos críticos". A questão posta aqui é justamente o contexto do reconhecimento de direitos em uma região onde a distância entre o discurso jurídico e a realidade permanecem um desafio.

Começaremos a análise com Axel Honneth, filósofo alemão que sucedeu Jurgen Habermas na Direção do Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt. O autor inspirou-se em Hegel, para quem a esfera social da vida não é um campo de batalha por poder, autopreservação ou autoproteção (em contraposição à Hobbes), mas um espaço de "eticidade" decorrente das relações intersubjetivas que se dão pela negação e pela afirmação de si e do outro, num movimento constante decorrente do conflito que proporciona a experiência do reconhecimento (recíproco e do outro), condicionando-se mutuamente.

Hegel desenvolveu sua teoria fundamentada em três esferas : amor (correspondente à família); direito (correspondente à sociedade civil) e eticidade (correspondente ao estado).

Honneth retomou estas esferas, mas atribui-lhes um viés prático, realizável no mundo dos fatos (gramática moral dos conflitos sociais), vez que o

---

[25] Advogada, mestre em Direito, Doutora em Sociologia Política. Professora do programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília/IDP. Líder do grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania - DDFC.

[26] Mestre em Direito Constitucional pelo IDP.

modelo proposto por Hegel não contemplava qualquer aplicação prática na visão do autor.

Neste sentido o autor desenvolve uma teoria moral de reconhecimento, pela qual a pessoa humana, antes de pertencer ao grupo, ao menos espontaneamente, pertence a si própria, e deve, portanto, conhecer-se, descobrir-se e, como decorrência deste processo de singularização, individuar-se a ponto de fazer escolhas conscientes, podendo, inclusive, pertencer, voluntariamente, a um determinado grupo ou, involuntariamente, reconhecer-se como parte dele ou de outros grupos.

É de se observar que apesar do auto reconhecimento (resultante da tensão existente na consciência de si próprio e na negação do outro que, considerando o outro, reconhece-o como ser singular), os agrupamentos humanos (em especial os vitoriosos) caminharam, em toda a história da humanidade, no sentido contrário ao do reconhecimento – e garantia – de direitos.

Este processo, em especial o da individuação, que possibilitou a avaliação das chances isoladas de cada um e posterior reconhecimento do poder do grupo não se deu apenas no campo físico, mas também no social e moral ele houve de se constituir, vez que somente a pessoa individualizada, consciente de sua existência singular, está habilitada a fazer escolhas efetivas, podendo, inclusive, avaliar a conveniência de unir suas forças à do grupo, a ele se juntando, aumentando suas chances de sobrevivência e de acesso aos postos mais elevados na pirâmide social .

No campo das ciências, muito ainda se discute acerca da necessidade do ser humano de reconhecimento de si mesmo como ser único e singular, processo que é conhecido como de individuação e de autoconhecimento; e de si mesmo em relação ao outro, num primeiro momento e, numa fase posterior, também de si mesmo em relação ao grupo.

Então, pode-se dizer que Honneth partiu de uma idéia que não é genuína, mas assim o fez para desenvolver a teoria crítica adicionando-lhe o que, segundo pensava, faltava ao caráter crítico que é ser emancipatório por decorrer da *práxis*, *i. e.*, da luta por reconhecimento social e dinâmica, fugindo das tradições filosóficas que buscavam em Marx o ideal da realidade que se mostrava

inerte, sobretudo no conflito entre capital e trabalho a partir da reconstrução material das condições sociais. Eis a particularidade e maior relevância de sua teoria.

Ao publicar sua Luta por reconhecimento, preocupou-se não apenas em retratar o modo como a sociedade funcionava, mas, antes, tratou de compreendê-la como meio singular de expressão “bloqueada da lógica própria da organização para a emancipação social vigente”.

Fundamentado na filosofia do jovem Hegel, ensinou que:

> (...) nos anos em que passou em Jena (...), Hegel defende naquela época a convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intrassocial para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade, inerente à vida social desde o começo na qualidade de uma tensão moral que volta a impelir para além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e, desse modo, conduz pouco a pouco a um estado de liberdade comunicativamente vivida, pelo caminho negativo do conflito a se repetir de maneira gradativa. (HONNETH, 2011, p. 29)

Ao elaborar sua teoria da luta do reconhecimento, Hegel acentuou a tensão permanente entre o singular e o universal existente na relação das totalidades da consciência, caminho indispensável ao reconhecimento recíproco, *i.e.*, fundamental à formação da consciência do ser, enquanto sujeito singular no mundo e em sua relação com o mundo, ainda que permanentemente tensionada com o outro - este ser que era percebido como consciência diversa, mas igualmente singular.

Neste movimento contraditório, quase paradoxal, a busca da singularidade do indivíduo é constantemente levada, ainda que em níveis inconscientes, a buscar a “morte” do outro, sua aniquilação, fato do qual resulta a noção de que a dialética dos opostos conduz ao reconhecimento individual, vez que seria exatamente o desaparecimento do outro, sua aniquilação, sua negação total, enquanto consciência reflexiva singular, o responsável pelo surgimento da consciência universal coletiva.

Também resulta desta tensão entre dois sujeitos opostos a característica principal do modelo hegeliano que, como é possível inferir de sua leitura, está fundamentada na tese de que o reconhecimento do eu singular e efetivamente individuado decorre do reconhecimento recíproco entre os dois sujeitos, *i. e.*, a confirmação da autonomia de cada sujeito individualmente considerado é consequência da oposição que lhe é feita pelo outro, pois é mediante esta oposição que o sujeito, ainda que de modo complementar, compreende a si próprio como sujeito singular e único.

Deste pensamento exsurge a convicção de que o modelo proposto por Hegel está ancorado na ideia de que a formação do eu prático decorre do confronto entre dois indivíduos, de seu enfrentamento e de sua negação recíproca, fatos que possibilitam a estes indivíduos a compreensão de si próprios como consciências autônomas, singulares e únicas:

> Hegel defende (...) a convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intrassocial para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade (…) (HONNETH, 2011, p. 29)

Portanto, é possível verificar que o pensamento de Hegel se fundou na idealização de um confronto social entre os homens, ponto do qual também partiram Maquiavel e Hobbes, em distintas épocas e contextos.

Entretanto, para Honneth, a teoria hegeliana de luta por reconhecimento não se caracterizou como *modelo de funcionamento prático*. Ao contrário, demonstrou ser tese essencialmente teórica e abstrata, sem aplicação prática e impassível de confirmação no mundo dos fatos, do que resultou uma das maiores, senão a maior, objeção que fizera à teoria, levando-o a acrescentar-lhe o que entendeu ser seu elemento faltante: *o crítico-prático*, aplicável e aferível empiricamente na sociedade, fato que, posteriormente, possibilitou sua caracterização como modelo teórico singular, empírico, conhecido como luta por reconhecimento: (efetiva) gramática moral dos conflitos sociais.

Honneth, ao contrário, orientou-se para a expansão deste modelo, partindo de sua gênese meramente ideal, reconhecendo que também a teoria

deveria ser expressão de um comportamento crítico referente ao próprio conhecimento da realidade de que tratava, no plano das idéias, aplicando-se, no mundo dos fatos, o conhecimento cognoscível e, em grande medida, produzido pela própria apreensão da realidade material, o que o fez com vistas à efetiva emancipação da sociedade.

Honnet busca superar o que chama de *déficit sociológico* nunca superado pelos antecessores[27], com o desenvolvimento de sua teoria crítica: luta por reconhecimento, pela via da mediação entre a estrutura econômica determinante e imperativa e a socialização do indivíduo, traduziu-se na gramática moral dos conflitos sociais, isto é, o reconhecimento individual e intersubjetivo proposto por Honneth passa necessariamente por uma *luta por reconhecimento.*

As idéias das quais partiu Honneth para a construção de sua teoria crítica da *luta por reconhecimento* decorrem da elaboração de sua tese de livre-docência, na qual retoma os primeiros escritos de Hegel, da época em que ainda lecionava em Jena, e pela qual busca:

> (...) desenvolver os fundamentos de uma teoria social de teor normativo partindo do modelo conceitual hegeliano de uma "luta por reconhecimento", vez que estes escritos, em especial os do período de Jena, "continuam a oferecer, com sua idéia de uma ampla " luta por reconhecimento", o maior potencial de inspiração.[28]

Portanto, é no jovem Hegel, e não em Habermas, que se pode encontrar o ponto de inspiração para Honneth. Isso porque Honneth não assimilou o *déficit sociológico* não superado pelo modelo habermasiano, de modo que suplantar este modelo e evitar os problemas decorrentes de sua concepção social desarticulada da emancipação resultante da interação social do indivíduo com o seu oposto, também indivíduo, com o fim de se reconhecer e de se afirmar, por um processo de *luta por reconhecimento*, era seu objetivo principal. Por esta

---

[27] Escola de Frankfurt refere-se a uma denominação, surgida após 1950, da Teorica Crítica, surgida no Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, fundado , em 1924, por Max Horkheimer, Felix Weil e Friedisch Pollock, cujos estudos se vincularam ou partiram da divulgação do Marxismo, "então em regra excluído das instituições universitárias". Trata-se de "uma forma de intervenção política intelectual, mas não partidária, no debate público alemão do pós-guerra, que buscou não apenas descrever o funcionamento da sociedade, mas compreendê-la pela própria organização social vigente" (HONNETH, 2011, p. 7 a 9).

[28] *idem*, 2011, p. 23 .

razão, Honneth vai buscar em Hegel, no primeiro Hegel, a inspiração para sua teoria crítica.

É certo que, durante sua vida, Hegel atribuiu à filosofia política o encargo de retirar da emancipação individual a idéia Kantiana de *mera exigência do dever ser*,

> (...) expondo-a, na teoria como um elemento da realidade social já atuante historicamente; e sempre entendeu que a solução dos problemas postos com isso seria uma tentativa de mediar a doutrina da liberdade dos novos tempos e a compreensão política antiga, moralidade e eticidade. (HONNETH, 2011, p. 29)

Nesta época, Hegel entendia que a luta por reconhecimento individual recíproco entre sujeitos resultaria de um confronto que acabaria por gerar um determinado e específico tipo de pressão intrassocial condutor do estabelecimento "prático e político de instituições garantidoras de liberdade". Este processo caracterizaria, segundo Hegel, a "pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade", decorrente da tensão moral que impele para "além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e que conduz, pouco a pouco, a um estado de liberdade comunicativamente vivida, pelo caminho negativo de um conflito a se repetir de maneira gradativa". (HONNETH, 2011, p. 30)

Honneth reconhece que, embora Hegel tenha chegado a este modelo de luta social por atribuir-lhe impulsos morais, o que fez em contraposição à idéia de Maquiavel e Hobbes – independemente um do outro e em contextos históricos diversos, vez que estes entendiam ser a luta social motivada pela auto conservação, o seu modelo "nunca chegou a ir além do limiar de meros esquemas e projetos" e, em *Fenomenologia do espírito*, obra que marcou, para Hegel, o encerramento de suas atividades em Jena, "o modelo conceitual de uma luta por reconhecimento " já não possuía qualquer significado teórico relevante. (HONNETH, 2011, p. 30)

Deste fato decorre a noção de que Hegel considerava que o reconhecimento recíproco, ensejador da formação do *eu prático e singular*, se dava quando dois indivíduos se confrontavam e, neste confronto, se viam confirmados em sua autonomia pelo seu defrontante, reconhecimento este que se

dava, portanto, de modo complementar, *i.e.*, dava-se pela compreensão da existência do outro, fato que não podia negar. Este foi seu ponto de partida.

Contudo, Hegel não superou a tradição metafísica de sua reflexão, vez que "não considera a relação intersubjetiva como um curso empírico no interior do mundo social, mas a estiliza num processo de formação entre inteligências singulares"[29], característica que incomoda a quem se proponha a usar esta teoria como estímulo justamente ao desenvolvimento de um pensamento de teor normativo, não podendo, deste modo, cingir-se ao mundo das meras conjecturas .

Portanto, objetivando atualizar a idéia original de Hegel, a fim de torná-la aplicável, Honneth lança a primeira tese no sentido de que, para tal feito, era necessário, em um primeiro momento, interpretá-la à luz de "uma psicologia empiricamente sustentada".

À época, observa que o modelo conceitual hegeliano, partindo da teoria da intersubjetividade, pressupõe, para a existência de diversas formas de reconhecimento recíproco, a distinção de umas das outras segundo o grau de autonomia possibilitada ao sujeito em cada caso e que, em qualquer deles, pode-se notar a tendência de supor, com o *amor*, com o *direito* e com a *eticidade*, a série de três relações de reconhecimentos em cujo panorama os indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas, em medidas cada vez maiores.[30]

Honneth entende que para a "reconstrução atualizadora" que pretende fazer é necessária ter-se em mente uma fenomenologia empiricamente controlada de formas de reconhecimento, mediante a qual a proposta de Hegel possa ser examinada e, se for o caso, corrigida em sua pretensão de autonomia.

Hegel entendia que a emancipação verdadeira do eu singular integra necessariamente uma complexa e sucessiva sequência de formas de reconhecimentos recíprocos, cuja ausência se faria sentir aos indivíduos como sendo a experiência de um desrespeito, marcante a ponto de obrigá-los a lutar por reconhecimento, forçando-os a notar certo "mal-estar" que conduziria a

[29] HEGEL, 2012, *op. cit.*, p. 120.
[30] HONNETH, 2011, *op. cit*, p. 121.

transformação do quadro meramente teleológico em processo de formação da identidade e da própria cultura.

Honneth esclarece que retomar este modelo conceitual sob as *novas* condições teóricas da atualidade não é tarefa fácil e que, para fazê-lo, deve-se primeiro investigar a hipótese de Hegel se uma sequência ordenada de etapas de reconhecimento pode resistir a considerações empíricas, bem como se é possível atribuir às respectivas formas de reconhecimento recíproco existências correspondentes de desrespeito social, e se, finalmente, podem ser encontradas comprovações históricas e sociológicas para a idéia de que essas formas de desrespeito social foram de fato a fonte e a razão dos confrontos sociais.

Nisto consiste precipuamente a teoria crítica pensada por Honneth, cuja tarefa é a de "apresentar, pelo menos a traços largos, a lógica moral dos conflitos sociais", pela qual se propõe a atualizar o pensamento de Hegel sob as condições do pensamento metafísico, para permitir, no que for possível, a compreensão da lógica a inspirar a luta por reconhecimento, no contexto da filosofia social.

É neste contexto que a psicologia social de Mead[31] se mostrou apta a servir de uma espécie de *ponte*, um elo a propiciar a atualização do pensamento de Hegel a nossa realidade intelectual por traduzir a idéia de intersubjetividade da teoria crítica por ele pensada num tipo de linguagem teórica pós-metafísica, preparando, assim, o caminho para as pretensões de Honneth.

No entendimento de Honneth, Mead e Hegel partilham mais do que a simples idéia de que os indivíduos devem a noção de sua identidade, de seu eu singular, à experiência intersubjetiva: eles partilham o próprio ponto referencial da construção teórica que busca explicar a evolução moral da sociedade[32] . Tanto em um quanto no outro é coincidente a distinção entre o *eu singular* e o *eu coletivo*.

---

[31] George Herbert Mead é filósofo americano de marcante relevância para a sociologia e para a psicologia social. Honneth utiliza seus escritos como fonte para a atualização da leitura de Hegel e, nisto, se apóia fundamentalmente na obra ***Movements of Thought in the Nineteenth Century***. Chicago, 1972, em cujos textos Mead explora a relação estabelecida entre indivíduo e sociedade. Todos os escritos de Mead foram publicados após sua morte, mas a base da obra aqui referida se encontra nos escritos de *Phylosophy of the Present* (1932) e *Mind, Self and Society* (1934).

[32] HONNETH, 2011, *op. cit.,* p. 125

A psicologia social de Mead permite acrescentar à idéia original de Hegel a inflexão que Honneth classifica como “materialista”, no sentido de ser um viés através do qual é possível esclarecer “os processos de mudança social de teor normativo” e compreender “os processos de mudança social reportando-se às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco”, tomados como ponto de partida o princípio fundamental tanto em Hegel quanto em Mead de que:

> A reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. (HONNETH, 2011, p. 125)

E nesta perspectiva, Honneth compreende que a explicação possível para esta dinâmica resulta da premissa geral segundo a qual o imperativo ancorado no processo da vida social opera como uma coação normativa que obriga os indivíduos à “deslimitação” gradual do conteúdo do reconhecimento recíproco, por meio do qual expressam socialmente suas pretensões de subjetividade, ampliando o processo de individuação e as relações de reconhecimento mútuo. Deste modo, uma hipótese evolutiva assim traçada só pode ser a pedra angular de uma teoria social gerada na prática da vida social, que se caracteriza nas “lutas moralmente motivadas de grupos sociais”, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.

Neste ponto, Hegel e Mead se cruzam: o primeiro, tendo desenvolvido a teoria do reconhecimento baseada num modelo de conflito, de maneira apenas ideal; o segundo, tendo partido deste modelo ideal para aplicá-lo à realidade material. Entretanto, em nenhum deles é possível encontrar uma sistematização daquelas formas de desrespeito que “que podem tornar experienciável “o próprio desrespeito, no sentido de que houvesse um efetivo valor negativo” das correspondentes relações de reconhecimento, o fato do reconhecimento denegado”, o que quer dizer que decorre de ambos a lacuna que Honneth tentará

preencher, o que fará pela “diferenciação das espécies de rebaixamento e ofensa por que passam os homens, em ambos”.

A filosofia sócio-política de Hegel distingue três esferas de reprodução social: a *família*, a *sociedade civil* e o *Estado*, ao passo que, para Mead, que também distingue três formas de reconhecimento recíproco, as esferas seriam: a do amor ou da dedicação emotiva; a do direito ou do reconhecimento jurídico, e a da solidariedade ou do “assentimento solidário”, de modo que:

> também foi possível encontrar em sua obra [a de Mead], os equivalentes teóricos, oriundos de uma concepção pós-metafísica e naturalista, para a distinção conceitual de diversas etapas de reconhecimento, e mesmo para a afirmação, de longo alcance, acerca de uma luta que medeia essas etapas:(...) seu propósito é esclarecer os processos de mudança social reportando-se às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco (HEGEL, 2012, p. 155).

Esta perspectiva da teoria da sociedade de Mead coincide e reafirma as bases fundamentais da teoria pensada pelo primeiro Hegel no sentido de que a reprodução da vida social se torna compreensível quando os indivíduos se reconhecem e se concebem como singularidades, o que decorre essencialmente da interação entre indivíduos, em sua luta por reconhecimento. Para fins deste estudo, vamos nos deter às esferas pensadas por Hegel, que são o ponto do qual partiu Honneth para a construção de sua própria teoria.

Hegel, inspirador de Honneth, relaciona as esferas de reprodução da realidade social às três esferas do reconhecimento – a do *amor*, a *do direito* e a da *eticidade* - nas quais os indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas. (HONNETH, 2011, p. 121)

Na família se vive a primeira das experiências de reconhecimento recíproco: os sujeitos desta relação – pais e filhos – se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se como seres carentes que, unidos no fato de serem dependentes um do outro, se confirmam no amor que dão e no que recebem, em troca. Unidos, vivem a experiência do reconhecimento recíproco, corporal, nos sentimentos de estima especiais e únicos, típicos deste relacionamento de dependência recíproca. Nesta fase é impossível, e até

indesejável, individuá-los, posto que, conforme observou Hegel, “o amor tem de ser concebido como um “ser-si-mesmo em um outro”.

Não escapa a Honneth a importância do que chamou de “análise terapêutica dos relacionamentos patológicos”, do qual este amor familiar é o primeiro exemplo, sendo que suas implicações, especialmente quanto à maturidade emotiva do indivíduo em sua vida futura, diretamente relacionado à esta primeira experiência de reconhecimento – familiar , cujos estudos foram aprofundados por Freud, Morris Eagle e , posteriormente, também não lhe passa desapercebido o fato de como “o sucesso das ligações afetivas se torna dependente da capacidade, adquirida na primeira infância, para o equilíbrio entre a simbiose e a autoafirmação”, idéia central do jovem Hegel que fora confirmada pelos estudos de Donald W. Winnicott (HONNETH, 2011, p. 164). Contudo, o aprofundamento destes estudos e de seus pensadores transborda do propósito deste trabalho, razão porque retomamos as categorias pensadas por Hegel.

Passado o primeiro momento desta relação quase simbiótica vivida entre mãe e filho, marcada pela total dependência e pelo reconhecimento integral de um no outro, à medida em que a mãe inicia o retorno às demais atividades regulares da vida, e deixa o filho vivenciar um primeiro lento , gradual e constante afastamento, a criança vive a primeira experiência de frustração e apresenta uma natural disposição a atos agressivos e até furiosos, dirigidos à mãe que passa a ser percebida, a partir de então, como independente.

Este processo doloroso caracteriza um momento de experiências negativas que conduzirá um à compreensão do outro, resultando num primeiro reconhecimento da existência do *eu singular* no outro, uma luta por reconhecimento da mãe, de sua individualidade enquanto ser, em relação ao filho. Disto resulta um amadurecimento, um reconhecimento da criança em relação à mãe, o que desloca o foco da relação entre ambos: da simbiose afetiva para o que Mead denomina como *self*, este novo universo onde a criança terá que se confrontar, terá que lutar para ser reconhecida não mais como parte da mãe, mas como ser singular. É uma primeira luta por reconhecimento.

Desta forma de reconhecimento baseada no amor diferem as demais esferas: a do direito e a da eticidade.

A esfera do direito, baseada na relação jurídica, proporciona outro nível de reconhecimento que vai possibilitar a consideração e o reconhecimento dos demais membros da sociedade como iguais portadores de direitos:

> Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar à compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um "outro generalizado" (...) podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. (HONNETH, 2011, p. 179)

Apesar da evidente autonomia das esferas e, por conseguinte, da suposta contraposição de idéias, não escapa a Honneth a percepção de que a esfera jurídica está intimamente atrelada à experiência da estima social, denominada como terceira esfera - da solidariedade ou eticidade.

Hegel, cujo pensamento difere, neste ponto, do pensamento de Mead, considera válida para o direito somente a autonomia individual construída sobre a norma moral, entendendo que "só valem para a ordem social do direito na medida em que esta pôde se desligar da autoridade natural de tradições éticas, adaptando ao princípio de fundamentação universalista", conforme sua anotação de:

> que os direitos individuais se desligam das expectativas concretas específicas do papéis sociais , uma vez que em princípio eles competem de agora em diante, em igual medida, a todo homem na qualidade de ser livre, então já é dada com isso uma indicação indireta acerca do novo caráter do reconhecimento jurídico. (HONNETH, 2011, p. 183)

O fundamento de Honneth para a construção de sua teoria crítica, a exemplo de Hegel, reside precipuamente na *luta por reconhecimento*. Esta luta, para ambos, está alicerçada na interação das esferas internas ao próprio reconhecimento, de maneira universalista. Por esta mesma razão, um reconhecimento jurídico ocupa o centro da teoria, já neste ponto acrescida da concepção de *desacoplamento* histórico de reconhecimento jurídico e de estima social – trazida, no final do século XIX, por Rudolf Von Ihering (HONNETH, 2011, p.184).

A este *desacoplamento*, na linha do pensamento de Honneth, entendemos a separação necessária a ser feita no âmbito do reconhecimento jurídico, que expressa a idéia de que todo *eu singular* deve ser considerado um "fim em si", sem nenhuma distinção prévia entre seres humanos; ao passo que o "respeito social" representa o valor que uma pessoa possui conforme critérios intersubjetivos de relevância social, o que pode variar de pessoa para pessoa, desigualando-as, ou variar no tempo, de modo que, conforme a posição de um indivíduo no contexto social, naquele momento, sua estima será mais ou menos elevada, critério este que não pode ser considerado por um direito que se pretenda, antes de tudo, justo.

> No momento, é importante saber aqui apenas quais conclusões se podem tirar preliminarmente da comparação entre o reconhecimento jurídico e a estima social: em ambos os casos (...), um homem é respeitado em virtude de determinadas propriedades, mas no primeiro caso se trata daquela propriedade universal que faz dele uma pessoa; no segundo caso, pelo contrário, trata-se de propriedades particulares que o caracterizam, diferentemente de outras pessoas. Daí ser central para o reconhecimento jurídico a questão de como se determina aquela propriedade constitutiva das pessoas como tais, enquanto para a estima social se coloca a questão de como se constitui o sistema referencial valorativo no interior do qual se pode medir o "valor" das propriedades características. (HONNETH, 2011, p. 187)

E neste momento surge a polêmica sobre a ineficácia instrumental do Direito na América Latina. Em que medida o reconhecimento dos direitos no Direito Positivo implica no "respeito social" que aborda Honneth? No caso brasileiro, a questão está justamente em ultrapassar o caráter simbólico do reconhecimento dos direitos e se preocupar com os sujeitos destes direitos?

As análises sociojurídicas atuais incluem cada vez mais a complexidade das relações sociais. No caso da relação entre direito e sociedade na América Latina esta constatação se intensifica porque os diferentes trabalhos de pesquisa, além de não serem conhecidos em todos os países, não possuem um marco teórico comum para a compreensão das práticas e da cultura jurídica na região.

Neste sentido, Villegas e Rodriguez (2003) apresentam duas perguntas-problema. A primeira é sobre o objeto de investigação: quais são os

temas centrais de estudo sob uma perspectiva que combine rigor científico, interdisciplinaridade e perspectiva crítica? Diante da variedade de fenômenos jurídicos na região, a reflexão coletiva deve começar por tratar temas de certa forma comuns a maioria dos países.

A segunda pergunta é sobre o como: que posições epistemológicas e quais estratégias metodológicas são mais adequadas para analisar estes temas? No caso das pesquisas existentes, os autores argumentam que a preocupação não deve residir nas fronteiras disciplinares, mas na relevância social dos temas e no rigor analítico - os estudos devem ser reflexivos. Isto obriga o pesquisador a utilizar ferramentas de estudo provenientes de outros campos do conhecimento. Um processo de desconstrução e reconstrução.

Após a identificação da premissa de análise, os autores desenvolvem um marco teórico que permite analisar o tema, Direito e Sociedade, na América Latina, de uma forma mais homogênea. Para tanto, utilizam Bourdieu (1989): atores, símbolos, ideias, relações de poder e instituições sociais que constituem a prática do Direito, e não apenas o formalismo jurídico decorrente do Direito Positivo.[33]

Considerando que os campos jurídicos latinoamericanos se caracterizam por uma certa combinação de atores, privilégios e capitais com contornos similares, os autores passam a buscar outro problema de pesquisa: quais são os traços característicos e quais fatores os explicam?

Para tanto, utilizam duas explicações de cunho histórico: a forma como a América Latina assimilou a modernidade e a tradição romano germânica. Importante salientar, contudo, que os autores não almejam generalizar os traços comuns: é preciso analisar as especificidades, ou seja, estamos falando de tendências, decorrentes de fatores estruturais dos campos sociais da região.

---

[33] Bourdieu (1989) aborda as lutas simbólicas para compreender a percepção do mundo de diferentes atores, que tendem a reproduzir e reforçar as relações de força que constituem a estrutura do espaço social. Portanto, "O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (BOURDIEU, 1989, p. 212)

A partir da explicação histórica, analisam três fenômenos que consideram característicos dos campos jurídicos na América Latina: pluralidade jurídica, autoritarismo e ineficácia instrumental do Direito.

Pluralidade Jurídica é a possibilidade de outras fontes de produção normativa além do Estado, ou seja, a presença de diferentes ordens jurídicas. Os autores destacam que a pluralidade está conectada a presença de diferentes culturas no mesmo espaço e tempo (ex: comunidades indígenas – dimensão cultural), a coexistência de várias ordens normativas (ex: normas estabelecidas em comunidades pobres/favelas – dimensão sociológica), e também a uma aplicação seletiva do Direito por parte do Estado, de tal forma que a prática de uma mesma norma é distinta, conforme o grupo e/ou indivíduo (ex: acesso à Justiça – dimensão institucional).

A segunda característica é o autoritarismo. Na América Latina, um traço comum na formação dos diferentes Estados é a precedência deste em relação à nação. Assim, tanto o Direito Positivo quanto as instituições jurídicas foram criadas sem uma vinculação com a realidade social da época – heterogeneidade e desarticulação entre instituições e realidade social. O sistema político dificilmente trabalha como conector entre interesses sociais e instituições políticas. Como manobra política dos governos para suprir este déficit, há um uso simbólico das normas e discursos jurídicos.

> Tantos más limitado es el margen de maniobra política de lós gobiernos latinoamericanos, tanto menos operante es la democracia representativa, y más necesidad tienen los gobiernos de recurrir al derecho para responder a lãs demandas sociales. (p. 40)

Assim, o Direito passa a ser um canal de diálogo entre o Estado e cidadãos, legitimando políticas públicas.

> En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar lós efectos perversos de su incapacidad política. Se intenta compensar parcialmente el déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficácia instrumental del Estado, con el aumento de la comunicación a través de la producción de normas y discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación. (p. 41)

A grande questão reside no fato que o sistema jurídico assume tarefas que poderiam ser resolvidas no sistema político. Isto porque algumas reformas são feitas mais para legitimar a ação do Estado onde ele é demandado, e sua efetividade fica em segundo plano. Ou seja, o direito tem uma dimensão simbólica, o que não significa, necessariamente, que as normas não produzam efeitos materiais, mas que os efeitos materiais produzidos não estão totalmente relacionados aos verdadeiros motivos para sua criação.[34]

Além da constatação da dimensão simbólica do discurso jurídico, os autores apontam a necessidade de uma visão construtivista e crítica da relação entre direito e sociedade – reflexividade entre práticas sociais e conhecimento ou consciência jurídica. Assim, o direito é construído socialmente e permite possibilidades de emancipação social - na linha do que Honneth desenvolve como reconhecimento jurídico e social dos direitos.

Contudo, na análise da América Latina, o direito é um objeto de percepção ambivalente por parte dos cidadãos: de um lado a desconfiança, receio, rebeldia ou simplesmente falta de autoridade – a cidadania é mais um dever do que um direito. De outro, esperança e confiança quando se trata de criar ou reformular o contrato social constitucional para uma sociedade mais justa. Trata-se da distância entre o direito escrito e a realidade social – ineficácia instrumental do direito.

Desta feita, podemos destacar duas contribuições finais da análise da relação entre direito e sociedade: a dimensão simbólica do discurso jurídico e sua íntima relação com a ineficácia instrumental do direito; e a necessidade de um olhar mais apurado para a consciência jurídica a luz das práticas e da cultura jurídica de cada Estado, ultrapassando o reconhecimento dos direitos “formalmente" para um reconhecimento e garantia dos direitos a partir dos sujeitos.

---

[34] “La dimensión simbólica radica en el hecho de que la reforma es producida principalmente para establecer una comunicación legitimadora entre las instituciones, de um lado, y los actores del campo jurídico y los ciudadanos en general, del otro, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales declarados.” (p. 43)

As recentes manifestações de rua que descortinaram lutas por democracia, por abertura política, por inclusão e igualdade sociais, por reconhecimento, paridade e garantia de direitos, caracterizando um peculiar momento porque passa o mundo moderno, não apenas no campo sociopolítico, mas também no jurídico, sendo de notável visibilidade, dentre as formas de lutas conhecidas, aquelas por *reconhecimento de direitos*.

A noção de reconhecimento da centralidade da pessoa humana e de sua dignidade é a razão da existência e da organização dos grupos sociais e do próprio Estado.

Portanto, a reflexão que colocamos aqui é justamente sobre o impacto da politica de direitos no Brasil. Apesar do reconhecimento “formal" de inúmeros direitos, precisamos prosseguir na incorporação destes direitos, no sentido de compreensão dos diferentes sujeitos de direitos.

Na América Latina o paradigma do neoconstitucionalismo salientou ainda mais o papel do Direito e do Poder Judiciário na efetivação de direitos após períodos ditatoriais, atribuindo uma confiança ingênua no poder de transformar a realidade pelo Direito.

> …a doutrina constitucional da efetividade teve êxito no Brasil, no sentido de instalar no senso-comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação dos seus dispositivos pelo legislador ordinário. (SARMENTO, 2011, p. 89)

Nesta linha, “O que a democratização fez foi, ao inserir novos atores na cena política, instaurar uma disputa pelo significado da democracia e pela constituição de uma nova gramática social” (SOUSA SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 54).

A presente resenha, utilizando duas abordagens teóricas, buscou justamente resgatar a necessidade de novas análises sobre os sujeitos de direitos e não mais sobre a “política” de direitos. A conquista do reconhecimento dos direitos deve estar acompanhada de uma discussão sobre sua efetivação e garantia, inclusive na perspectiva de respeito social.

Referências

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

HEGEL, George Wilheim Friedich. Fenomenologia do Espírito. Tradução de Paulo Menezes com a colaboração de Karl Heinz Efken e José Nogueira Machado. 7 ed., Petr'ópolis, RJ : Vozes, 2012.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: risos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73-113.

SOUSA SANTOS, Boaventura; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org). Democratizar a Democracia - os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-78.

VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta pra la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In: VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César. Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estúdios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003, p. 15-66.

CAPÍTULO 4

A DIVERSIDADE BATE À PORTA: HOMOAFETIVIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO EXEMPLOS DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR E (RE)INSERIR AS MINORIAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Cândice Lisbôa Alves[35]

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna traz consigo cada vez mais desafios, e talvez um dos maiores no contexto atual refira-se à inclusão de minorias. Essa demanda é evidente quando se observa o movimento LGBTT e toda a resistência social que correlatamente vem em resposta às tentativas de visibilidade e reconhecimento de direitos pelo grupo.

Ao mesmo passo da fluidez dos tempos e da globalização da economia, as pessoas modificam-se e redesenham-se, ou, em outras palavras, há na atualidade maior liberdade para o autoconhecimento e, consequentemente, a necessidade de seu reconhecimento social. Todavia, quando o assunto atine à sexualidade, aos direitos a ela relacionados, exsurge atos de resistência e dificuldades das mais variadas matizes, todas elas evitando a aceitação do que é considerado ‘diferente’.

Segmentos reacionários – em especial ligados às religiões fundamentalistas – buscam conter o avanço das reivindicações sociais, inclusive por meio da patologização da sexualidade que não esteja conforme uma heteronormatividade. Concomitantemente, o Poder Legislativo queda-se inerte, temendo tocar em assuntos temerários que envolvam desacordo moral significativo. Nesse ínterim, o Judiciário torna-se palco de um jogo de linguagem que transcende os ditames jurídicos em um sentido estrito.

---

[35] Graduou-se em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2004). Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa (2006). Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Professora Substituta do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Foi Instrutora de Polícia no Curso Superior em Tecnólogo em Segurança Pública Ostensiva da PMMG. É Secretária Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/MG. Leciona nas áreas de direito público e propedêuticas, em especial Direito Constitucional, Introdução ao Estudo do Direito, Hermenêutica, Sociologia Jurídica e Direito Ambiental.

O objetivo desse artigo é discutir a abertura à diversidade tomando como premissa os papéis institucionais atinentes aos Poderes Legislativo e Judiciário concernentes ao LGBTT. Em relação ao Poder Legislativo, serão mencionados os projetos de lei referentes ao debate. Já no que diz respeito ao Poder Judiciário analisar-se-á a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132, ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277 e MI (Mandado de Injunção) 4.733.

Parte-se da hipótese de trabalho de que o público LGBTT, como minoria, é desconsiderado pelo Poder Legislativo e, por consequência, suas demandas por reconhecimento são catapultadas para o Poder Judiciário. Assume-se, também, que não se afigura no meio social a possibilidade real de consenso em relação à inserção do público LGBTT, motivo pelo qual a teoria comunicativa de Habermas não consegue solucionar o problema da representação deles. Nesse sentido, a hospitalidade de Derrida aparece como chave de acesso à concretização da diversidade e inclusão dessa minoria, partindo-se da desconstrução de velhos estereótipos sexuais e, assim, realinhando-se o debate, tendo como premissa a característica da humanidade do grupo. O Poder Judiciário, em especial a jurisdição constitucional, tem desenvolvido papel singular na ampliação dos debates correlatos ao tema.

2 NOÇÕES CONCEITUAIS INTRODUTÓRIAS: AS DISSIDÊNCIAS CORRELATAS AO SEXO E AO GÊNERO

Antes de passar à discussão das implicações jurídicas relativas ao LGBTT é necessário conceituar o termo, assim como diferenciar sexo de identidade de gênero.

Tradicionalmente sexo é a transcrição da diferenciação biológica entre o feminino e o masculino, que se funda nos órgãos genitais. Assim, biologicamente, há uma diferenciação disjuntiva entre homens e mulheres, que leva em conta aspectos físicos dos indivíduos (RIOS, 2010, p. 714). Gênero, a seu turno, inicialmente era entendido como prolongamento da característica do sexo, ou seja, a mulher tinha especificamente o gênero feminino e o homem o masculino. Atualmente, todavia, não se fala nesse alinhamento necessário entre

sexo e gênero, porque o gênero foi resignificado, e hoje é considerado como aspecto social do indivíduo (JESUS, 2012, p. 8).

O gênero hodiernamente é forjado por um critério de identidade, que ultrapassa a singeleza da binariedade feminino/masculino. Ele relaciona-se à manifestação do desejo e da sexualidade dos indivíduos, que podem não estar alinhados com a questão do sexo necessariamente. O que importa na designação do gênero é a "[...] auto-percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente" (JESUS, 2012, p. 8). Conceitua-se identidade de gênero como "[...] a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo" (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2013).

Dentro dessa perspectiva, há atualmente uma multiplicidade de manifestações referentes à sexualidade bem como às identidades de gênero: lésbicas, gays, travestis, transexuais masculinos, transexuais femininos, além de outras nomenclaturas que transitam entre essas designações[36]. Gays e lésbicas, conceitualmente, são pessoas que embora optem por ter relacionamentos com pessoas do mesmo sexo, não necessitam modificar seus corpos ou sua identidade de gênero.

Os transexuais, por seu turno, são pessoas que nascem com um determinado sexo, porém sentem-se aprisionados no próprio corpo, que não corresponde ao gênero que eles se identificam. Eles, então, modificam paulatinamente o seu corpo no sentido de adaptarem-se ao seu gênero de identificação. A transexualidade é uma "incompatibilidade da conformação genital com a identidade psicológica no mesmo indivíduo" (RIOS, 2010, p. 706). Esse descompasso é vislumbrado como distúrbio de identidade sexual, aventando-se a possibilidade de medicalização, qual seja, a cirurgia de transgenitalização. Fora a cirurgia, há ainda a opção pela hormonização (prevista no SUS). Há aqui um

[36] Há, por exemplo, os crossdresser, que são homens que se vestem com roupas femininas, muito embora não se identifiquem com esse gênero, e são em grande maioria heterossexuais. Há ainda as drag queens ou drag king, que são homens caricaturados de mulheres, artistas transformistas, sendo que eles não têm orientação sexual necessariamente homossexual. Fala-se ainda dos andróginos, queer que são pessoas que não identificam seu gênero. Essas e outras nomenclaturas, bem como esclarecimentos sobre o termo, são encontradas em JESUS, 2012.

reconhecimento por parte do Estado de uma patologização acerca da identidade de gênero “desviante”, motivo pelo qual alguns acreditam e defendem a “cura gay” por meio da cirurgia, que proporcionaria o alinhamento entre o gênero e o sexo.

Travestis, a seu turno, são pessoas do sexo masculino que, todavia, ornamentam-se como se pertencessem ao feminino. Para Rios, estão nas fronteiras dos gêneros (RIOS, 2010, p. 709), afirmando que “[...] trata-se de uma construção de si peculiar e original, onde, do ponto de vista do gênero, os indivíduos travestis se constroem no feminino”. Ressalte-se: consideram-se mulheres, de forma que o correto é referir-se à ‘elas’, e não à ‘eles’. Necessário também lembrar que não modificam o corpo por meio da transgenitalização, muito embora assumam o gênero feminino.

Passado esse momento inicial há que se ressaltar haver uma discrepância entre a diversidade de possibilidades acima elencadas e as normas sociais vigentes, motivo pelo qual a sociedade apresenta objeções a essas ‘novas’ modalidades de vivenciar a sexualidade e o gênero. A partir dessa (des)valoração das novas possibilidades, exsurge no meio social o sexismo e a homofobia. Figari e Diáz-Benítez elucidam as contradições apresentadas quanto ao sexo e o gênero na atualidade:

> A constituição de sexualidades normais e periféricas denota uma falsa unidade que fragmenta o corpo, uma desunião que reduz sua erogenia. Por isso, quando aparecem outros corpos ou práticas sexuais/eróticas que desafiam a lógica desta gramática, são produzidos, como vimos, dois efeitos políticos: o primeiro é a consideração da não humanidade, o segundo, a abjeção e a repugnância (FIGARI; DIÁZ-BENÍTEZ, 2009, p. 24-25)

A menção à ‘não humanidade’ e à abjeção e repugnância ao público LGBTT é a razão de sua exclusão social, o motivo de eles serem uma minoria que requer proteção do Estado para terem o direito de gozarem das proteções jurídicas atinentes à sua da personalidade (e de qualquer ser humano). É, inclusive, a razão deste artigo científico. Todavia, antes de adentrar na exclusão em si, é preciso aventar outra classificação do gênero proposta por Butler.

Judith Butler (2002) substituiu a perspectiva do gênero por uma concepção de performatividade, que é delineada pela teoria *queer*. Essa teoria

rompe com o binarismo tradicional homem/mulher ou masculino/feminino. Substitui as “vocações” naturais por construções sociais abertas. Pode-se inferir que, pelo contrário da teoria *queer*, a exclusão social vivenciada pela classe LGBTT pode ser percebida como decorrente da premissa de uma “[...] heterossexualidade compulsória [que] se alicerça na essencialização do alinhamento entre sexo, gênero e desejo: a suposição da determinação linear do sexo biológico sobre a apresentação social do masculino ou do feminino”. (LIONÇO, DINIZ, 2008, p. 315). Assim, diante da contradição manifesta do alinhamento/desalinhamento sexual-gênero, surge o termo dissidência[37], que reside na fronteira entre o “erótico/erógeno normativo” (FIGARI; DIÁZ-BENÍTEZ, 2009, p. 25) e muito embora seja razão de abjeções, faz parte da realidade social, manifestando-se por momento de forma escancarada, e em outros de maneira velada.

Ao tratar do público LGBTT no presente artigo, considera-se pertinente a postura levada a efeito por RIOS (2006, p. 72) no sentido de que essas manifestações de sexualidade não serão neste artigo patologizadas, e nem se inserirá nos debates atinentes aos direitos sexuais argumentações religiosas ou terapêuticas. Ao contrário, eles serão analisados pelo prisma dos direitos humanos e fundamentais, em um caráter que requer cada vez mais inclusão e efetividade de proteção.

3 INVISIBILIDADES, EXCLUSÃO E CRISE DE REPRESENTAÇÃO: a superação dos entraves por meio do ‘direito democrático da sexualidade’

Ao analisar a Constituição da República do Brasil, no art. 1º, parágrafo único (BRASIL, 1988), reitera-se que o Estado Democrático de Direito atribui a legitimidade do poder ao povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes. Aqui está presente a ideia de democracia direta e indireta. Consensualmente, democracia remete ao “governo do povo, pelo povo e para o povo” (SILVA, 2014, p. 134). A dificuldade da democracia, verdadeiro calcanhar

[37] “Prazeres Dissidentes” é o título do livro organizado por Figari e Diáz-Benítez, que relata pesquisas antropológicas nas fronteiras da sexualidade considerada por grande parte da sociedade abjeta.

de Aquiles, é a definição do que seja o povo, e, em certa medida, os limites e funções da democracia na atualidade. Outra querela diz respeito ao destinatário das proteções do Estado. Poder-se-ia, legitimamente, relevar um segmento minoritário ao ostracismo jurisdicional ou social? É nesse imbróglio que o público LGBTT está inserido, e é sobre essa demanda por inserção que se passará a debater.

De forma ampla, poder-se-ia afirmar que a democracia exige participação do povo nos processos de criação das normas jurídicas, nas decisões e no exercício do poder pelo Estado. Ou seja, abarca-se uma concepção de legitimidade que, por sua vez, perpassa pela inclusão e respeito de grupos, tanto os majoritários quanto as minorias. Voltando ao termo 'povo', muito embora o conceito seja plurívoco, urge atualizá-lo para uma conceituação constitucionalmente adequada, o que traz a seu cerne a necessidade de uma combatividade para inclusão das minorias (MÜLLER, 2013). A última afirmação implica, de modo inverso, no reconhecimento de que o Estado não representa a todos, ou seja, percebe-se a naturalização do esvaziamento do termo 'povo' para abarcar apenas a classe majoritária, excluindo, por consequência, os grupos minoritários, ainda que numericamente sejam significativos. Os segmentos 'não-inseridos' podem viver sobre o território, todavia, essas pessoas são "[...]excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa marginalização como subintegração" (MÜLLER, 2013, p. 87).

Há várias nomenclaturas para o fenômeno ou para a pessoa que é distanciada do Sistema social e jurídico: 'invisibilidade', 'ralé social', 'subcidadão' (SOUZA, 2006), 'estranho', 'subclasse', 'excluído' (BAUMAN, 2013), 'oprimido' (FREIRE), 'subintegrados' (MÜLLER, 2013), entre outros que certamente surgirão.

De acordo com Bauman (2013) os excluídos estão inseridos em uma 'subclasse', *locus* em que se encontra quem funcionalmente parece não existir:

> É o estigma de uma exclusão total de todos os locais e situações em que todas as outras identidades e títulos de reconhecimento humanos são produzidos, negociados, refeitos ou desfeitos. Ser excluído por estar relegado à "subclasse" significa ser privado de

> todos os ornamentos e sinais socialmente produzidos e aceitos que elevam a vida biológica à categoria de ser social e transformam rebanhos em comunidades (BAUMAN, 2013, p. 191).

Jessé Souza (2006) atribui à mesma situação o conceito de ‘subcidadania’ (e de ‘subclasse’), que se refere aos invisíveis do sistema. Paulo Freire (1987), por sua vez, refere-se aos destinatários do fenômeno da exclusão como ‘oprimidos’. O que todas as nomenclaturas têm em comum é o fato de exporem a realidade, onde há os que estão ‘dentro’ do sistema social-jurídico, e aqueles que, lado outro, não conseguem adentrar ou permanecer nesse local, são os ‘de fora’. A sociedade vale-se das distinções sociais pré-reflexivas (SOUZA, 2006, p. 30) para naturalizar as diferenciações entre classes. Juntamente com a cisão entre os ‘de dentro’ e os ‘de fora’ há um movimento que desconsidera a humanidade desses excluídos ou a atribui apenas àqueles que estão na situação de poder (FREIRE, 1987, p. 16), e constantemente sequestram a própria condição de seres humanizados dos oprimidos (FIGARI; DÍAZ-BENÍTEZ, 2009, p.24-25).

O direito também convive com a dicotomia inclusão/exclusão. Todavia, ele reveste essa situação em metacódigos excludentes, seja por meio de uma constitucionalização simbólica[38], seja por meio de um suposto esquecimento de menção a essas classes, ou, ainda, quando a Constituição “[...] fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável, o direito, a política e a sociedade” (MÜLLER, 2013, p. 91). O esquecimento proposital, ou silêncio eloquente, é definido como exclusão primária por Müller (2013, p. 93), e decorre dele o fato de que os subintegrados apenas podem recorrer à Constituição de forma ocasional.

Para ultrapassar a exclusão fática e mesmo jurídica, é indispensável a participação que pode se dar por meio de indumentária jurídica ou de manifestações sociais, modalidade levada a efeito pelo público LGBTT por meio de movimentos sociais espalhados por todo o Estado. Juridicamente, já se nota na doutrina a inserção de um discurso voltado para a criação e definição de um direito fundamental à inclusão (MARTIN, 2013, p.78), que deriva dos direitos de solidariedade, alocados na terceira dimensão dos direitos fundamentais.

---

[38] Ver NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Para fomentar a inclusão, segundo Martin (2013), é necessária a mudança ou a rearquitetura do sistema vigente, do ponto de vista social e jurídico, isto porque ao marginalizar determinados segmentos desconsiderou-se as habilidades e necessidades das minorias, o que, correlatamente, demonstra a intenção de sabotar o reconhecimento das suas 'diferenças'[39] (MARTIN, 2013, p. 95). Assim, o núcleo da mudança da qual se fala é exatamente o reconhecimento da dignidade como decorrente do fato de ser humano, sem necessidade de qualquer outro elemento que sobreleve os membros da teia social. Ao contrário, as diferenciações sociais devem ser elementos de diversidade em prol de uma convivência mais rica em termos culturais e não de hierarquização, estratificação ou exclusão social. Do ponto de vista da luta jurídica pela inclusão, Müller reforça os objetivos e valorização do fator caracterizante 'ser humano':

> O objetivo da luta é impor *igualdade de todos* no tocante a sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção – sem que se permitisse aqui as mais ligeiras diferenças, tampouco aquelas vistas à nacionalidade, aos direitos eleitorais passivos e ativos ou à faixa etária (meninos de rua). Em duas palavras: na luta contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode justificar-se apenas perante o povo ativo nem perante o povo enquanto *instância de atribuição*, mas deve necessariamente poder fazer isso também perante o *demos como destinatário* e todas as prestações afiançadas que a respectiva cultura constitucional invoca. E na medida da sua dominância efetiva a *superestrutura constituída de superintegração/subintegração (inclusão/exclusão) deslegitima uma sociedade constituída não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas já a partir da sua base democrática* (MÜLLER, 2013, p. 90, grifos do autor)

Mais uma vez Müller (2013) reforça a característica constitucional atual, qual seja, a integração e inclusão, assim como a impossibilidade de que se justifique legalmente a preferência de um grupo sobre outro para proteção constitucional, sobretudo se a intenção for a manutenção da exclusão do 'diverso'. Ao mesmo tempo reforça-se a distinção entre o exercício dos direitos políticos e a proteção atinente aos direitos humanos e fundamentais, que se dirigem ao ser

[39] O termo 'diferença' foi utilizado para manter compatibilidade com a palavra adotada pela autora, todavia seria mais interessante a utilização da palavra 'peculiaridade', que não é excludente, estando no mesmo diapasão da diversidade.

humano de forma abrangente e universalizante, não requerendo, portanto, qualquer característica especial.

O intuito desse artigo ao tratar dos excluídos é focar a situação do 'de fora' e contrastá-la com a dificuldade real de eles serem internalizados pelo Estado. Todos os sofrimentos padecidos pelos LGBTTs não podem ser considerados 'não existentes' na sociedade. Rios (2006) menciona a situação desse público como caracterizada por uma "[...] privação de direitos e limitação de oportunidades" (RIOS, 2006, p. 74). Para superar essa dificuldade, Rios (2006) propõe os 'direitos sexuais democráticos' que trariam uma abertura jurídica e conceitual que, via de consequência, resultaria em mais amparo às demandas dos LGBTTs.

Salutar a consideração de que o direito democrático da sexualidade não deve ater-se às questões identitárias, sob pena de que essa colocação obscureça a abertura necessária ao reconhecimento da livre manifestação da sexualidade e fomente o machismo (RIOS, 2006, p. 82). No mesmo sentido, o direito democrático da sexualidade deve abarcar questões de gênero, mas não apenas as levantadas pelo feminismo. Ele deve igualmente atender à abertura sexual e comportamental dos homens, e a possibilidade do não alinhamento entre a identidade de gênero com a questão da binariedade sexual feminino/masculino. De acordo com Rios, o direito democrático da sexualidade:

> [...]pode propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. É necessário invocar princípios que, velando pelo maior âmbito de liberdade possível e igual dignidade, criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade, transgêneros, profissionais do sexo (RIOS, 2006, p.82-83).

Nessa senda, o direito sexual democrático traria as proteções necessárias à salvaguarda da sexualidade em si, em todas as multiplicidades de formas que ela possa ser desempenhada, dentro da premissa da sexualidade responsável (RIOS, 2006). Para além da inserção e aceitação da liberdade sexual do ponto de vista social e jurídico, é importante igualmente combater ou minimizar o machismo. Nesse sentido, a inclusão do homem nos discursos de gênero

permite uma abertura que pode levar à transformação da oclusão de padrões de moralidade sexual. Nesse mesmo diapasão, a ONU lançou a campanha HeforShe [40], que visa a fomentar a igualdade de gênero. No discurso de lançamento a atriz Emma Watson externalizou sua preocupação de que os assuntos atinentes ao feminismo devem ser igualmente compartilhados por todos, exatamente para que a igualdade deixe de ser uma pretensão abstrata e passe a respaldar mais liberdade para homens e mulheres em termos de manifestação de quem realmente são, com sentimentos e vulnerabilidades[41]. Por arrastamento, esse comportamento auxilia o reconhecimento das demandas LGBTTs, ou seja, permite-se a inserção das identidades de gênero com maior tranquilidade quando todos os seres humanos podem livremente demonstrarem suas fragilidades e vulnerabilidades, e consequentemente suas escolhas ou descobertas.

4 O PODER LEGISLATIVO E O EMBATE PELO RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE SEXUAL, DA IDENTIDADE DE GÊNERO, E, CORRELATAMENTE, DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

O Poder Legislativo seria o adequado para garantir a proteção das minorias por meio de normativas, todavia, até o momento não existe ‘legislação’ que reconheça os direitos do segmento LGBTT. A referida proteção é considerada assunto temerário, ou com significativo índice de rejeição popular. Segundo Bahia, a homoafetividade que aí está inserida encaixa-se entre os “temas fraturantes” (BAHIA, 2013, p. 317), e essa classificação implica na

---

[40] Disponível em: <http://www.heforshe.org>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

[41] Transcreve-se parte do discurso da atriz, que elucida o convite ao público masculino a se inserir na campanha, e os motivos do convite: “ [...] Nós não queremos falar sobre homens sendo aprisionados pelos esteriótipos de gênero mas eles estão. Quando eles estiverem livres, as coisas vão mudar para as mulheres como consequência natural. Se homens não tem que ser agressivos, mulheres não serão obrigadas a serem submissas. Se homens não tem a necessidade de controlar, mulheres não precisarão ser controladas. Tanto homens quando mulheres deveriam ser livres para serem sensíveis. Tanto homens e mulheres deveriam ser livres para serem fortes. É hora de começar a ver gênero como um espectro ao invés de dois conjuntos de ideais opostos. Deveríamos parar de nos definir pelo que não somos e começarmos a nós definir pelo que somos. Todos podemos ser mais livres e é isso que HeForShe é sobre. É sobre liberdade. Eu quero que os homens comecem essa luta para que suas filhas, irmãs e esposas possam se livrar do preconceito, mas também para que seus filhos tenham permissão para serem vulneráveis e humanos e fazendo isso, sejam uma versão mais completa de si mesmos[...]. Disponível em: <http://lugardemulher.com.br/he-for-she-se-nao-agora-quando/> Acesso em 24 de setembro de 2014.

reticência de o Poder Legislativo enfrentá-lo, uma vez que ele poderia ocasionar perda de votos.

Em um esforço de delinear a atividade legislativa acerca da temática observa-se que o primeiro PL (Projeto de Lei) que tratou do assunto foi o PL 1.151 (BRASIL. Câmara dos Deputados, 1995), de autoria de Marta Suplicy. Este projeto disciplinava a união entre pessoas do mesmo sexo e dava outras providências (BRASIL. Câmara dos Deputados, 1995), entretanto, não foi votado em nenhuma das casas legislativas.

Correlato a ele, veio o PL 4.914/2009 (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2009a), de autoria do Deputado José Genuíno, que visou a aplicar às uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil (CC) referentes à união estável, salvo a possibilidade de conversão em casamento, por mais estranho que esta proibição possa soar em um contexto de direito constitucional voltado à inclusão e à igualdade.

Há ainda o PL 5.167/2009 (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2009b), de autoria do Capitão Assumção, que, contrariamente aos projetos anteriores, negava qualquer efeito jurídico às relações afetivas estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2009b). Também pode ser encontrado o PL 1.865/2011 (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2011), de autoria de Salvador Zimbaldi, que estimulava a facilitação para conversão da união estável em casamento, não permitida, todavia, em caso de cirurgia de mudança de sexo.

O último projeto, PL 5.120/2013 (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2011), foi proposto por Jean Wylys e Erika Kokay e assemelha-se ao de autoria da Marta Suplicy. Ele foi apensado ao PL 580/2007 (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2007), de autoria do falecido Deputado Clodovil Hernandes, que tinha por objetivo a alteração dos arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. O PL 580/2007 tinha por objetivo reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No atinente ao LGBTT, e o reconhecimento de seus direitos relacionados à personalidade de forma ampla, há o PL 5.002/2013 (BRASIL.

Câmara dos Deputados, 2013), conhecido como “Lei João Neri”, e refere-se à identidade de gênero e manifestação da sexualidade. Este PL também é de autoria de Jean Wylys e Erika Kokay. Acerca da identidade de gênero, destaca o art.2º: “[...] entende- se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo” (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2013.).

Prosseguindo na proteção ao LGBTT, tramita no Senado Federal o PLC (Projeto de Lei da Câmara) 122/2006, de autoria de Iara Bernardi. Mencionado projeto visa a alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Esse projeto inclui entre as condutas típicas na Lei 7.716/89 aquelas que atentem contra gênero, sexo, orientação sexual e orientação de gênero, ou, tipificam o crime de homofobia (BRASIL. Senado Federal, 2006). Assim como os demais projetos de lei, o PLC 122/2006 encontra-se parado no Senado Federal, apesar de já ter sido aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais.

Pode-se perceber que todos os projetos mencionados não concluíram o procedimento legislativo. Alguns nem mesmo chegaram a ser colocados na pauta de votação, de tal sorte que até a data atual não existe norma jurídica provinda do Poder Legislativo que reconheça a possibilidade de união estável ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, tampouco o direito à identidade de gênero, ou ainda o crime de homofobia. Essa inação legislativa obstaculizava o reconhecimento da proteção jurídica a que essas pessoas fazem jus pelo simples fato de terem o direito de manifestarem sua sexualidade e afetividade de forma livre, privada e juridicamente protegida.

O resultado do não atendimento de todas as demandas representadas pelos projetos de lei acima elencados foi a transferência ao Judiciário da análise das questões, isto porque a efetividade dos direitos fundamentais “[...] não pode ficar à mercê da vontade ou inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando

se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais" (SARMENTO, 2010, p 622). O Judiciário, neste ínterim, tornou-se o palco onde se inseriram as discussões acerca dos direitos oriundos e decorrentes das relações homoafetivas, já que foi lá que essa faceta das minorias se colocou de forma ativa (BAHIA, 2013, p. 323) e atualmente se coloca também a discussão da homofobia e da identidade de gênero. Para forçar a análise da situação concreta, foi preciso lutar ou iniciar debates jurídicos na cúpula do Judiciário Nacional. Neste itinerário, passa-se à análise da ADPF 132 (BRASIL, STF, 2011) bem como ao MI 4.733/DF, que trouxeram à Jurisdição Constitucional as temáticas referentes aos LGBTTs.

5 O PODER JUDICIÁRIO E AS DEMANDAS POR RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS LGBTTS

Em termos de Jurisdição Constitucional, há duas discussões relacionadas às demandas dos LGBTTs: a primeira, já encerrada, sobre a possibilidade de união estável concernente às relações homoafetivas; a segunda, ainda sob julgamento, que se refere à inserção do crime de homofobia entre os crimes de preconceito tipificados pela Lei 7.716/1989. Passa-se à análise sucinta dos dois temas.

A discussão sobre a possibilidade de união homoafetiva chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 132. O Governador do Estado do Rio de Janeiro iniciou a ADPF 132 alegando que o Decreto-Lei 220, de 18 de julho de 1975, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Público Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 19, II e V e o art. 33, I a X, e parágrafo único, restringiam o conceito de família (casamento e/ou união estável) às pessoas de sexos opostos, o que discriminava as relações homoafetivas. Afirmou que esse fato colocava a Administração Pública em dificuldades, principalmente quanto a requerimento de concessão de licenças para acompanhamento de saúde à familiar, ou para acompanhamento de cônjuge. A mesma dificuldade acontecia em relação aos procedimentos e requerimentos junto ao órgão de Previdência do Estado. Muito embora as relações homoafetivas estivessem presentes no funcionalismo público, a falta da

normativa que as incluísse ensejava dificuldades técnicas à Administração Pública. Lado outro, o TJRJ (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) por inúmeras vezes negava reconhecimento às ditas relações, gerando ainda mais insegurança jurídica.

No intuito de pacificar a controvérsia, uma vez que a Administração Pública pauta-se no princípio da legalidade, o Governador requereu interpretação conforme a Constituição tanto em relação às normas estaduais quanto no que se referia ao art. 1.723 do Código Civil. Pediu, ainda, que essa interpretação incidisse na disposição do art. 226, §3º da Constituição, para que se alargasse o conceito de família de forma a abarcar as hipóteses de uniões homoafetivas. Alegou-se que uma alternativa juridicamente viável ao debate seria considerar a omissão legislativa sobre a formação das famílias homoafetivas e sanar a lacuna normativa por meio da analogia, acrescentando a proteção legal aos casais do mesmo sexo. O debate intensificou-se e quatorze instituições habilitaram-se à ADPF como *amici curiae.*

Correlatamente, o Procurador Geral da República interpôs ADI 4.277, requerendo o reconhecimento da união estável às pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos legais atinentes à união estável. Esta ação, por ter objeto afeto à anterior, passou a ser relatada e julgada conjuntamente com a primeira. O relator de ambas foi o Ministro Ayres Britto.

Ao final, reconheceu-se a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, não sem muita resistência dos *amici curiae* que buscaram salvar a ‘moralidade social’. Extrai-se parte da ementa:

> [...] PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de

> preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos [...](BRASIL. STF. ADPF132, 2011).

Interessante observar que de acordo com a decisão judicial, o constitucionalismo fraternal agasalha o direito à felicidade, e ele, por sua vez, distancia-se de preconceitos ou determinações apriorísticas acerca do sexo e da orientação sexual. Todavia, ao analisar os pedidos de forma próxima, notam-se que as reivindicações analisadas já foram levadas à análise do Poder Legislativo, que, de forma reticente, afastou-se da análise da questão.

Atualmente, a possibilidade de casamento homoafetivo foi reconhecida pela decisão da ADPF 132 pelo STF e disciplinada pela Resolução 175 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), órgão vinculado ao Poder Judiciário (BRASIL. CNJ. 2013). A resistência social ainda é tamanha que a Resolução traz no art. 2º a determinação de que a recusa à habilitação, celebração de casamento civil ou conversão da união estável em casamento às pessoas do mesmo sexo implicará em comunicação ao juiz corregedor do cartório para que tome as medidas cabíveis (BRASIL.CNJ, 2013). Ou seja, não bastou a decisão do STF quanto à

possibilidade da união. Refratariamente, em muitas cidades, os agentes dos cartórios recusavam-se à realização das uniões e ou casamentos, e exatamente por tal razão veio a lume a Resolução.

O caso, entretanto, que merece maior destaque nesse artigo é o MI 4.733/DF, pendente ainda de julgamento, mas que trouxe a oportunidade de o Judiciário efetivar proteção aos LGBTTs. No caso, a ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros) impetrou MI 4.733/DF em 10 de maio de 2012, em face do Congresso Nacional visando a forçá-lo a concluir o procedimento legislativo referente ao PLC 122/2006, que incluía o crime de homofobia entre aos praticados por discriminação de raça e cor na Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Os pedidos do MI podem ser sintetizados em:

> [...] obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade” (BRASIL. STF. 2013).

O processo foi recebido e solicitadas informações à AGU (Advocacia Geral da União) responsável pelo Senado Federal e à AGU encarregada da Câmara dos Deputados, ambas manifestaram-se pela improcedência do pedido. O Procurador Geral da República pugnou pelo indeferimento, sinteticamente visualizado nos termos:

> [...] Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ [...] (BRASIL. STF. 2013).

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski indeferiu os pedidos do MI em 23/10/2013, alegando não haver o fundamento jurídico para o Mandado de Injunção, qual seja, uma norma constitucional que necessitasse ser regulamentada por norma infralegal e também afirmou não existir mora legislativa. Assim, o pedido não foi acolhido. A ABGLT, irresignada com a decisão, interpôs

agravo regimental em 01/11/2013, e sobre o mesmo houve manifestação[42] do PGR (Procurador Geral da República) em movimento reverso ao anterior, ou seja, pugnando pela procedência do MI e reconhecendo a importância da tipificação da homofobia e transfobia para salvaguarda dos direitos fundamentais dos LGBTTs. Requereu a procedência do MI no sentido de configurar a mora legislativa em relação à análise do PLC122/ 2006.

Interessante o posicionamento do PGR na medida em que na manifestação argumentou a possibilidade de sentenças aditivas pelo STF – que assim age quando há manifesto interesse social, e em certa medida, político. Esta mudança de posicionamento reacendeu o debate pela proteção dos LGBTTs no Judiciário, tendo ocorrido em 25 de julho de 2014. Desde então o processo permanece concluso ao relator. Deve-se aguardar o desdobramento do feito.

6 DIREITO À IGUALDADE, À DIFERENÇA OU À DIVERSIDADE? ADENTRANDO NA DISCUSSÃO JURÍDICA ACERCA DA INCLUSÃO

Toda a trajetória deste artigo deságua na pergunta: pode-se cercear o direito de viver e manifestar livremente a sexualidade, a identidade de gênero ou as uniões entre pessoas do mesmo sexo em um Estado Democrático de Direito que pugna pela fraternidade e inclusão social? A resposta só poderia ser negativa, encontrando respaldo nos direitos fundamentais da igualdade, intimidade e proibição de discriminação em função do sexo. De antemão afirma-se que pessoas com escolhas sexuais “minoritárias” permanecem sendo pessoas, e devem ter seus direitos de pessoa assegurados, por mais redundante que essa afirmação possa parecer. Impõe-se ao Estado Democrático de Direito a inserção dessas pessoas com igual respeito e dignidade (SARMENTO, 2010).

Assim, volta-se ao direito à diversidade como elemento essencial à salvaguarda dos direitos dos LGBTTs (BAHIA, 2013, p. 315-317), ressaltado por Rios:

> [...] o direito à igualdade se desdobrou na proteção das diferenças dos diversos sujeitos de direito, vistos em suas peculiares

[42] BRASIL. STF. MI 4733/2013. Manifestação do Procurador Geral da República, p. 4.

> circunstâncias e particularidades que demandam respostas e proteções específicas e diferenciadas, consagrando o princípio da diversidade (RIOS, 2006, p. 84)

Ser igual neste caso não significa simplesmente ser ‘diferente’ e sim ser ‘diverso’: ter particularidades que merecem ser consideradas e respeitadas. Muitas vezes o tratamento por ‘diferente’ traz correlatamente a ideia de que a diferença é uma comparação, e dessa feita, é elemento de discriminação, mesmo que supostamente não perceptível ou intencional. Neste sentido, o direito à diversidade é conceito mais adequado na construção de uma sociedade de democracia sexual, abandonando-se a premissa da heteronormatividade, base da própria noção de diferença. Figari e Díaz-Betínez (2009, p. 22) reafirmam a complexidade da ‘diferença’ como oposição àquele que estabelece a comparação, bem como condição para permanência da situação de subalternidade que a partir dela é estabelecida.

Não faz sentido estabelecer parâmetros para a manifestação da sexualidade da pessoa, uma vez que este ato é direito personalíssimo, sobre o qual o Estado não tem legitimidade para opinar ou determinar condutas. Lado outro, a sexualidade ou a identidade de gênero remetem à proteção da dignidade humana, que de acordo com Kant, protege o reino dos fins, ou seja, o ser humano deve ter o direito de ter sua satisfação/felicidade/realização pessoal, sendo este seu objetivo de vida, sobremaneira quando essa realização não interfere nos desdobramentos da vida dos consortes sociais.

Ademais, como já discutido, a manifestação da sexualidade e a opção pelo gênero não é mais algo absolutamente físico acoplado ao nascimento. Ao contrário, é um ato de descoberta e reconhecimento da própria pessoa que a vivencia. O Brasil é controverso, porque ao mesmo tempo em que admite a cirurgia de transgenitalização - a transformação física de uma pessoa de um sexo em outro – convive com o preconceito e discriminação escancarada sobre quem não desempenha seu gênero de nascimento.

Mais uma vez, o cerne da discussão foge ao conceito clássico de democracia como manifestação da maioria – de uma pseudo moral da maioria - para adentrar na aceitação de plúrimas possibilidades sexuais, que é

perfeitamente recebida no ordenamento social e jurídico por meio da hospitalidade incondicional defendida por Derrida (2002).

7 TOLERÂNCIA OU HOSPITALIDADE? COMO PENSAR A DIVERSIDADE?

Quando se adverte que minorias devem lutar para ter sua condição respeitada, entenda-se que esta luta comporta amplos aspectos: social, econômico, político, jurídico, entre outras modalidades. Cada grupo minoritário tem uma necessidade em específico e é para alcançá-la que deve emprestar esforços. Não se pode esquecer que a inclusão – em suas várias facetas – requer atitudes. Por meio da atividade legislativa busca-se a proteção jurídica, considerando-a o começo da transformação social a que se almeja.

Do ponto de vista filosófico, Habermas (2002) é conceituado no debate prol inclusão do outro[43], em especial tratando-se dos direitos humanos. Habermas toma como pressuposto que "[...] sob as condições do pluralismo social e de visões de mundo, é o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito" (2002, p. 300). Ele assume que este procedimento complexo será guiado pela participação e pelo consenso. A teoria comunicativa é interpretada como mecanismo de inclusão, ou seja, ele assume que em um auditório universal todas as partes são equiprimordiais na construção das normas, já que neste jogo de linguagem deve vigorar os melhores argumentos em uma ótica de discursividade racional e dialógica. Nessa seara, Habermas reverencia a esfera pública como local onde os discursos devam ocorrer. Talvez o grande entrave à teoria seja a consideração de que "[...] os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores" (HABERMAS, 2002, p. 301). Ora, como já se demostrou, nem sempre as minorias podem (ou conseguem) interferir na construção do direito, e isto se torna cristalino quando se analisa a trajetória legislativa atinente ao reconhecimento dos direitos dos LGBTTs. O próprio Habermas reconhece que as diferenciações no meio social são obstáculo à sua teoria quando afirma que

---

[43] Uma das principais obras do autor a esse respeito é o livro "A inclusão do outro"

> [...] com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônios e condições sociais, porém, desestabilizam-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências
> jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances [...] (HABERMAS, 2002, p. 302)

No mundo real as desigualdades fáticas aniquilam a pressuposição dessa igualdade de condições em um auditório universal, o que afasta, *ipso facto*, a possibilidade de igualdade de representação prol reivindicações das minorias em sede legislativa. No livro ‘a inclusão do outro’, Habermas indica a tolerância como solução para os desacordos morais significativos. Segundo o pressuposto da tolerância, presume-se que em prol do bem comum as pessoas passarão a escolher o que for melhor para a comunidade e não se aterão às soluções individuais (HABERMAS, 2002, p. 322). Essa tolerância implica na aceitação da ‘diferença’ quando não se possa chegar a um consenso, dadas as características insuperáveis dos desacordos (HABERMAS, 2002, p. 323). Pereira entende que essa tolerância implica em uma situação de superioridade, de aceitação sob regras, o que não proporciona a inserção em igualdade de condições (PEREIRA, 2013, p. 17), ou seja, inclui ‘sem deixar dentro’. Habermas, ainda, atribui ao procedimentalismo a solução para essas controvérsias, porém, nem sempre nele as partes interessadas são realmente ouvidas ou estão em igualdade de condições. Em casos de demandas de minorias, elas simplesmente não têm força política para sustentar suas reivindicações e obterem a representação adequada.

Muito embora no plano ideal considere-se que o direito almeje ao consenso (HABERMAS, 2002), nas relações sociais isso não se realiza com facilidade (PEREIRA, 2013, p. 11). Ou seja, não há a universalidade necessária para o jogo de linguagem que Habermas defende. Nesse sentido, diante da desproporcionalidade das forças em conflito, ocorre o que Pereira (2013, p.12) denomina de ‘circularidade do discurso’, sem possibilidades reais de mudança ou inserção social daqueles que não estão em situação de reciprocidade de fala.

A inserção das minorias requer ultrapassar o distanciamento cultural de naturalização das características e preferências da maioria, em vigor na sociedade. O Legislativo não demonstra indícios de que vá cumprir essa tarefa por meio da construção normativa, e assim as discussões são alocadas no

Judiciário. Nele as minorias estão paulatinamente sendo aceitas e incluídas, o que analisado sobre a perspectiva de Derrida (2003), pode ser concebido como ato de hospitalidade incondicional.

Derrida (2003), filósofo francês, teve como instrumento de trabalho a desconstrução, que é o questionamento sobre a ontologização dos significados, assim como acerca da ordem tida por correta sobre os fenômenos observados. Tradicionalmente, a metodologia adverte que se deve começar do início até chegar ao fim do processo, mas, perguntaria Derrida, porque não começar do fim para o início? Por quê não analisar cada realidade por outro ângulo? Ou porque não resignificar realidades e eventos?

Com a desconstrução, Derrida (2003) almeja a romper com o binarismo que assola a maior parte das ciências, ou seja, ele deseja demonstrar que existem singularidades que não precisam ser comparadas umas com as outras, elas podem co-existir de formas particulares, cada uma com as próprias características. Essa é a essência da 'diferença', onde aparece a 'diversidade' e não a 'mesmidade'. Nesse ínterim, pensar a sexualidade apenas quanto ao binarismo seria precipitado e anacrônico na atualidade. Para Marcondes "não existe oposição direta, haja vista que não existe apenas a hetero e a homossexualidade. A sexualidade é muito mais complexa. Essa seria uma forma muito superficial de descrevê-la" (MARCONDES, 2013, p. 80). Prossegue a autora "nessa linha, há uma desconstrução do sistema binário e a atestação de que a dualidade homem/mulher é criada culturalmente pela sociedade" (MARCONDES, 2013, p.81).

Não se nega – e nem se poderia – que as novas formas de manifestação da sexualidade e do gênero são situações diferenciadas da tradicional. Exatamente neste contexto, o que modificará a análise será a forma de percepção das singularidades vislumbradas. Pode-se olhá-las como 'estranhos' e querer relegá-los – o que ocorre com frequência nas sociedades mais patriarcais – ou pode-se inseri-los e respeitar as peculiaridades de comportamento. Como ideologia prol aceitação – e inclusão – a hospitalidade incondicional derridiana promove a agregação do 'estrangeiro' de forma absoluta. Estrangeiro, na linguagem derridiana remete ao 'de fora', tipicamente fora da

família, da sociedade burguesa ou civil ou do Estado (DERRIDA, 2003, p. 39). É aquele que não tem uma relação de pertencimento com o grupo. A hospitalidade incondicional significa abrir a casa a esse estranho, mesmo sem saber de onde ele veio e sem lhe impor condições (DERRIDA, 2003, p.23-24). Aceita-se pelo que a pessoa é, sem explicações ou comparativos (PEREIRA, 2013, p. 17). Nas palavras de Derrida:

> [...] A hospitabilidade absoluta exige que eu abra minha casa e não apenas ofereça ao estrangeiro (provido de um nome de família, de um estatuto social de estrangeiro, etc), mas ao outro absoluto, desconhecido, anônimo, que eu lhe *ceda lugar,* que eu o deixe vir, que o deixe chegar, e ter um lugar no lugar que ofereço a ele, sem exigir dele nem reciprocidade (a entrada num pacto), nem mesmo seu nome. A lei da hospitalidade absoluta manda romper com a hospitalidade de direito, com a lei ou a justiça como direito [...] (DERRIDA, 2003, p.24-25, grifos do autor)

A passagem acima alicerça e possibilita a aceitação do outro exatamente como ele é, sem pedidos de explicação ou maiores indagações. Ressalve-se que a última frase será impossível de ser cumprida. O direito não deve abandonar-se para encontrar a lei da hospitalidade, até porque em se tratando de reconhecimento dos direitos dos LGBTTs é desnecessária a fissura proposta. Na Constituição da República já há todos os instrumentos para a inclusão desse segmento social no universo jurídico.

Diante da necessidade de proteção de minorias, ignoradas ou rechaçadas pelo Legislativo, mais uma vez se assevera, o Judiciário recebe como incumbência a solução da controvérsia. Devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, ele não tem como se esquivar. Por outro turno, ele poderia deixar passar ao largo a solução da questão, todavia, por sorte ou azar, não é isso que tem feito, sendo denominada tal atitude por ativismo judicial.

As decisões judiciais que determinam atuações típicas dos Poderes Executivo e/ou Legislativo são classificadas, pejorativamente, de ativistas. Por ativismo judicial denominam-se ações que em si mesmas são redundantes, e nesse artigo referem-se à determinação do Judiciário para que os Poderes Executivo ou Legislativo façam o que funcionalmente já deveriam executar. Não se trata de um mero problema conceitual, mas pragmático. Não é na deontologia que a incoerência se apresenta, mas na práxis pública, *locus* em que os

representantes do Estado não cumprem as determinações devidas, como por exemplo, a não conclusão do procedimento legislativo atinente às demandas LGBTTs. De outro turno, a pergunta que transcende é se o princípio da separação de poderes deve ser interpretado com rigor técnico ou se ele poderia elasticizar-se no intuito de que o objeto do direito em si fosse contemplado, senão por vontade própria, por vias de uma ordem judicial.

Os termos para designar o ativismo surgem diuturnamente, como por exemplo, extrativismo legislativo, que para Bonfim e Costa significa "[...].extravio, ou em palavras mais rígidas absorção, não temporário, mas duradouro da essência do Legislativo[...]" (BONFIN; COSTA, 2013, p. 8). Segundo os autores, o extrativismo legislativo é o desenvolvimento e evolução do ativismo judicial viciado (BONFIN; COSTA, 2013, p. 17). Mesmo com uma visão pessimista quanto ao extrativismo legislativo, os autores concluem seu ensaio indicando a necessidade desse instrumento, haja vista a falta de atividade do poder legislativo (BONFIN; COSTA, 2013, p.21). O que se pode inferir é que sem a vontade do Judicário, por intermédio de decisões corajosas, vários direitos fundamentais permaneceriam sendo apenas promessas constituintes, e não realidade social, como vem paulatinamente acontecendo.

CONCLUSÕES

A sociedade atual passa por um momento de inflexão. Os novos e os velhos hábitos e conceitos acerca das manifestações sexuais colocam em cheque a própria formatação social. Não há como fingir não vê-los, haja vista que a diversidade está batendo às portas, e em alguns casos já adentrou a sala...

Os LGBTTs são seres humanos, por mais redundante que isso signifique. Falta a redundância jurídica e social de tratá-los como tal, estendendo a eles os direitos fundamentais.

O movimento LGBTT tem buscado amparo no Poder Legislativo, mas como se viu, não tem obtido sucesso. Nessa senda, o Poder Judiciário adquiriu a responsabilidade de tocar em temas que não seriam tipicamente seus, mas passaram a ser. É o Judiciário quem tem a oportunidade de receber o público

LGBTT e hospitaleiramente reconhecer seus direitos. O caminho parece longo, mas a caminhada já se iniciou. É dever de um Estado Democrático de Direito amparar todos os seres humanos promovendo a concretização dos direitos fundamentais. É essa a trajetória a ser seguida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisbôa. Medidas profiláticas decorrentes de relações sexuais não consentidas: uma análise à partir do princípio da igualdade, pluralidade e tolerância. In: ALVES, Cândice Lisbôa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt (orgs). **Liberdade, Igualdade, Fraternidade**: 25 anos da Constituição Brasileira: Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 345-356.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BONFIM, Luiz Fernando Alves de Santana; COSTA, Luis Alberto Carvalho da. O extrativismo legislativo: a nova forma de ação do poder judiciário. *In*: XIMENES, Julia Maurmann, BARROS, Janete Ricken Lopes de (orgs). **25 anos da Constituição Influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico**. Brasília : IDP, 2013, p. 6-22.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A igualdade é colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade. In: ALVES, Cândice Lisbôa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt

(orgs). **Liberdade, Igualdade, Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**: Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 580/2007. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em: **<**http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155&ord=1>Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 1151/1995. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: **<**http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329> Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 4.914/2009a. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692> Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 5.167/2009b. Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: **<**http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43296> Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 1.865/2011. Regulamenta o artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Disponível em: **<** http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512815> Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 5.002/2013. Lei Joao W Neri. Lei de Identidade de Gênero. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=56F7E87ED304A4C31241AE1526D750E1.proposicoesWeb2?codteor=1059446&filename=PL+5002/2013> Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 5.120/2013. Altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: **<**http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>Acesso em 20 de setembro de 2014.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução 175. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf> Acesso em 23 de setembro de 2014.

BRASIL. **Senado Federal**. PLC 122/2006. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1> Acesso em 24 de setembro de 2014.

BRASIL. **STF**. ADPF 132 / RJ. ADPF 132. Rel. Min. AYRES BRITTO. Julg. 05/05/2011. Publ.14/10/2011. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+132.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+132.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avxgmj9> Acesso em 20 set.2014.

BRASIL. **STF**. ADPF 132. Petição Inicial, p. 11, disponível em:< http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238> Acesso em 20 de setembro de 2014

BRASIL. **STF**. MI 4733/2012 DF. Min. Relator Ricardo Lewandoski. Julgamento em . Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4733&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M Acesso em 24 de setembro de 2014.

BRASIL. **STF**. MI 4733/2012. Manifestação do Procurador Geral da República, p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4733&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 24 de setembro de 2014.

DERRIDA, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar de hospitalidade. Trad. Antonio Romane, São Paulo: Escuta, 2003.

FIGARI, Carlos; DIÁZ-BENÍTEZ, Maria. Sexualidades que importam: entre a perversão e a dissidência. In: DIÁZ-BENÍTEZ, Maria; FIGARI, Carlos (orgs). **Prazeres dissidentes**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 11.ed. Rio de Janeiro; Paz e Terra, 1987.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política..Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília, 2012.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual. In: **Revista Psicologia Política**. V.8, número 16, São Paulo, dez. 2008, p. 307-324.

MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. Cine Igualdade: A Evolução do Cinema LGBTT e a Conquista de Direitos. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2013.

MARTIN, Andréia Garcia. Novos direitos decorrentes dos princípios adotados pela constituição federal de 1988: direito fundamental à inclusão social? *In:* SANTIAGO, Marcus Firmino e CARVALHO NETTO, Menelick de. **Constituição de 1988 e as Transformações do Estado Brasileiro (orgs).** Brasília : IDP, 2013, p. 73-103.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo. Trad. Peter Naumann.7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Da Tolerância à Hospitalidade na Democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. Sapere Aude - Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 308-328, jul. 2013. ISSN 2177-6342. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/5505>. Acesso em: 23 Set. 2014.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, jul./dez. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional da discriminação por motivo de sexo. In: In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 695-720.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 619-660.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. In: SOUZA, Jessé. **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 23-54.

CAPÍTULO 5

Direitos sociais e campo jurídico - sujeitos de “direitos" e não de “necessidades”

Julia Maurmann Ximenes[44]

INTRODUÇÃO

A relação entre Direito e Política tem sido uma tônica presente desde a segunda metade do século XX e as constituições do pós-guerra no mundo ocidental, preocupadas em não apenas limitar o uso arbitrário do poder estatal mas também garantir que suas ações obedeçam alguns parâmetros mínimos, intensificaram esta relação.

No Brasil, a Constituição de 1988 caminhou na mesma linha, e o papel do campo jurídico[45], atores e a política de direitos, tem provocado inúmeras controvérsias.

Contudo, a proposta do presente artigo é lidar com esta aproximação a partir da própria lógica do desenho institucional provocado pelo texto constitucional, o de um Estado de Bem-Estar Social ou como doravante utilizaremos, Estado Social.

Assim, o problema é: como discutir a efetivação dos direitos sociais no Brasil após 25 anos da Constituição de 1988 e intenso processo de judicialização? A judicialização da política e das políticas públicas tem sido muito analisada pela pesquisa jurídica sob o viés do papel desempenhado pelo Poder Judiciário. A discussão aqui apresentada aborda outro aspecto.

---

[44] Advogada, mestre em Direito, Doutora em Sociologia Política. Professora do programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília/IDP. O presente artigo foi finalizado durante estágio de pós-doutorado em Direito na Universidade da Califórnia/Davis mas sua problematização foi profundamente influenciada pelas discussões do grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania - DDFC liderado pela autora.

[45] Utilizaremos a definição as categorias de Pierre Bourdieu sobre campo jurídico: espaço onde as posições dos agentes se encontram *a priori* fixadas, mas onde se trava uma luta concorrencial entre os atores em torno de interesses específicos, caracterizados pelas manifestações de relações de poder. Assim, os diferentes atores lutam em função da posição que ocupam nos respectivos campos. (1989)

Nossa premissa é a judicialização da política[46] como um fato irremediável, que exige cada vez mais ajustes por parte da sociedade e do campo jurídico. A partir deste diagnóstico, o debate toma outro rumo: o do impacto desta judicialização na democracia considerando a cidadania.

No campo da pesquisa jurídica e constitucional, muito frequentemente as reflexões sobre cidadania são conduzidas predominantemente para a participação popular, para o exercício dos direitos políticos, sem conexão com os direitos sociais.

Contudo, diante do desafio da desigualdade socioeconômica brasileira[47], torna-se primordial discutir o exercício democrático a partir da efetivação dos direitos sociais de grupos marginalizados. Aqui reside a conexão entre judicialização como Direito, e cidadania e "sujeitos de direitos" como política.

A hipótese é que após o período de consolidação democrática, o Brasil precisa resgatar os "sujeitos de direitos" em suas análises nos diferentes campos envolvidos com a efetivação dos direitos sociais: político, jurídico e social.

A abordagem sobre os "sujeitos de direitos" não é jurídica, mas sim política, pois está atrelada a compreensão do "empoderamento": de origem inglesa, *empowerment* pode ser traduzido como fortalecimento, e conforme será explicitado adiante pode ser definido como a autonomia e emancipação de

---

[46] A controvérsia sobre a judicialização da política e das políticas públicas pode ser resumida em duas frentes: no caráter democrático desta atuação (como os direitos sociais dependem de políticas públicas para serem efetivados e estas são de competência típica do Poder Executivo, eleito para esta atuação, o Poder Judiciário não teria representatividade para definição e implementação de políticas públicas efetivando direitos sociais) e o impacto da judicialização das políticas públicas na mobilização popular (o cidadão passa a demandar questões de caráter público individualmente, no lugar de questioná-las durante os períodos eleitorais, acarretando um maior déficit democrático). Para saber mais: PACHECO, Cristina C. Os estudos sobre judiciário e política no Brasil pós 1988: uma revisão de literatura. Pensar. Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 75-86, jan/jun. 2008; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democratica. Disponível em: www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_selecao.pdf; CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 17-39.

[47] O coeficiente Gini, que retrata o nível de desigualdade econômica, é de 0,547 no Brasil segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD. Quanto mais próximo de 1 maior é a desigualdade. O Brasil está em 79ª posição.

indivíduos submetidos a relações de tutela e poder. Isto porque o “sujeito de direito” aqui é o *right-holder*, que literalmente significa “detentor do direito” o que não expressa o significado aqui utilizado. Isto porque não estamos tratando apenas da previsão normativa de direitos a “sujeitos" mas sim a capacidade destes sujeitos de exercer estes direitos.[48]

Neste sentido buscaremos refletir sobre os impactos do reconhecimento normativo de direitos na percepção dos "sujeitos de direitos", principalmente no tocante a direitos sociais. Apesar da explosão de litígios em direitos sociais, a hipótese aqui levantada é de que no tocante aos direitos incluídos na proteção social, os direitos à assistência social, o debate precisa considerar os “sujeitos de direitos”, torná-los mais “visíveis”.

Para tanto, começaremos com uma reflexão sobre as dificuldades da sociedade para “enxergar" estes “sujeitos”: a ordem jurídica brasileira perpassa um Estado de Direito (obediência a lei, igualdade formal, independência do Judiciário, dentre outras características do Estado de Direito) mas também um Estado responsável por assegurar a justiça substantiva, promovendo o bem-estar e a justiça social. Contudo, os diferentes campos, político, jurídico e social, compreenderam o real significado desta categoria teórica?

Em seguida analisaremos as categorias teóricas de “sujeitos de direitos” e “empoderamento" a partir das premissas do Estado Social. Por fim, traçaremos a conexão aqui apresentada entre Direito e Política a partir de dois casos, um americano e outro brasileiro. Como os “sujeitos de direitos” a assistência social percebem esta relação? Eles são “sujeitos de direitos” ou de “necessidades”? Esta é a pergunta-problema que influencia a relação entre Direito e Política e que precisa ser resgatada no campo jurídico.[49]

---

[48]“Parece que o melhor conceito para pensar no empoderamento é a construção do sujeito de direitos, porém é importante que o leitor mantenha em mente a ideia de que não se trata de um conceito jurídico, mas eminentemente político; não se trata apenas da concessão legislativa de um conjunto de direitos, mas da possibilidade e capacidade de exercer potestades que lhe permitam exercer efetivamente a liberdade como autodeterminação; não se trata apenas de colocar direitos em uma lei, mas de estabelecer condições de exercício e empoderamento do sujeito.”(VÁSQUEZ; DELAPLACE, 2011, nota fim nr. 9, p. 62)

[49] Antes de prosseguir, dois registros de linguagem: utilizaremos as aspas na expressão “sujeitos de direitos” com o intuito de salientar seu significado e sua conexão com a abordagem aqui apresentada. O segundo registro é que evitaremos utilizar a expressão “benefício”, salvo na

ESTADO SOCIAL E SUA AUSÊNCIA NO BRASIL

Antes de refletir sobre a formação do Estado Brasileiro na perspectiva aqui apontada, é preciso compreender a premissa teórica de nossa abordagem. Primeiramente uma diferenciação entre Estado de Direito e Estado Social.

Para tanto, acompanhamos a compreensão sobre a insuficiência do conceito clássico de Estado de Direito: este surge para limitar o exercício arbitrário do Estado. Assim, o Direito vem para assegurar que o Estado, detentor do monopólio da força, não ultrapasse a esfera privada. Neste sentido, trata-se de um conceito formal, que pressupõe a igualdade formal de todos que a ele estão subordinados.

> Dentro desta perspectiva, o Estado de Direito é um conceito formal de acordo como qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana.(VIEIRA, 2008, p. 188)

Assim, apesar da relevância, o Estado de Direito *strictu sensu* não se preocupa em assegurar a justiça substantiva e assim perceber que os cidadãos não são materialmente iguais, e este é o cenário que provoca a insuficiência do conceito.

No Brasil, a desigualdade socioeconômica não se resume à exclusão nas estatísticas - a exclusão social e econômica acarreta a exclusão da cidadania, a uma parcela da população marginalizada, uma “invisibilidade” (VIEIRA, 2008, p. 186), que exploraremos melhor no próximo item. [50]

Portanto, mesmo com a linguagem de direitos da Constituição de 1988, que aumenta sensivelmente a presença do Estado e sua responsabilidade na

---

análise do Program do Bolsa Família. A ideia é evitar a compreensão do termo como assistencialismo, concessão ou necessidade, ainda que juridicamente não seja esta a sua compreensão.

[50] Acompanhamos a narrativa de Oscar Vilhena Vieira ao tratar da incompletude do Estado de Direito, que entretanto "pode ser utilizado e desafiado a fortalecer os invisíveis, humanizar os demonizados e trazer os imunes de volta ao domínio do Direito” (p. 186). Contudo, nosso argumento é de que isso é possível resgatando a compreensão de sujeitos de direitos no contexto de um Estado Social.

diminuição da desigualdade socioeconômica, isto não necessariamente se concretiza. E aqui reside não apenas a hipótese sobre o papel do campo jurídico, mas também a necessidade de compreensão do que chamaremos de Estado Social e uma pactuação política e institucional para sua concretização.

Para compreender esta argumentação, é preciso traçar um conceito de direito social a partir das práticas jurídicas que tipificam o *Welfare State* (EWALD, 1986). Para François Ewald (1986) a ideia de Estado Bem-Estar Social representa não apenas o reconhecimento de direitos anteriormente não “protegidos" pela racionalidade política liberal, mas um novo arranjo político, que exige a solidariedade como novo pressuposto para as relações sociais.

Assim, é preciso analisar o espaço político e sua lógica interna para compreender o papel dos direitos sociais em um Estado mais intervencionista, que busca suprir carências da racionalidade interna do Estado Liberal: neste o objetivo primordial é limitar o uso arbitrário do poder pelo Estado a partir da máxima “todos são iguais perante a lei”, sem se preocupar que eventualmente a previsão formal de igualdade de direitos não se converte necessariamente em acesso igualitário aos mesmos direitos.

> What makes social law is much more than the “legalisation of objects or situations too long excluded from law. It is rather a process of transformation, able to move through the whole set of legal disciplines, from civil law to international law via administrative law; and this is a process of socialization. This process amounts to the transformation of the political and governmental rationality linked up with the sociological conception of society that characterises the Welfare State. (p.40)

Para o autor é preciso uma nova racionalidade na própria compreensão da origem do Estado - o contrato. No Estado Social o contrato é substituído pela solidariedade como a conexão social (*social bond*) do contrato na ordem anterior. E para tanto, o direito não é apenas uma grade genérica e abstrata, mas uma “arma" (*weapon*) para o governo distribuir os direitos. “*The issue is no longer so much being in the right, as having rights*”(p. 46). Assim, o importante é a leitura a partir da igualdade e desigualdade nas relações sociais e desta forma implica mais em *settlement* do que em conflito.

> Social law asks each to compromise on what he might consider as his absolute right. Social law is a great promotor of mutual concessions, between rich and poor, between individual interests and social groups, which relate precisely to these rights: civil rights (in particular that of ownership) and social rights. (EWALD, 1986, p. 48)

Neste perspectiva, apesar da inclusão de direitos sociais nas Constituições de 1934 e de 1946, as interrupções impostas pelos períodos ditatoriais na construção do Estado Brasileiro, ainda que não justifiquem, dificultam a progressiva compreensão e internalização da necessária pactuação política e institucional imposta pela racionalidade do Estado Social.

Isto porque a cidadania não decorre única e exclusivamente da previsão “normativa”, ou seja, o *status* de cidadão se conecta com a “conquista progressiva, por parte dos sujeitos, de autonomia política e moral, com destaque para sua capacitação em projetar politicamente seu destino social” (REGO, 2008, p. 154).

Apesar da intensa discussão sobre a construção da Constituição Cidadã de 1988, depositou-se uma crença ingênua no poder de transformar a realidade pelo Direito.[51] E na análise sociojurídica da América Latina, podemos recuperar ainda uma típica característica: a da ineficácia instrumental do Direito, a sua utilização “simbólica".

> En estes contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar lós efectos perversos de su incapacidad politica. Se intenta compensar parcialmente el déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficácia instrumental del Estado, con el aumento de la comunicación a través de la producción de normas y discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación. (VILLEGAS; RODRIGUEZ, 2003, p. 40)

---

[51] Sarmento (2011) argumenta que: “…a doutrina constitucional da efetividade teve êxito no Brasil, no sentido de instalar no senso comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação dos seus dispositivos pelo legislador ordinário” (p. 89)

O sistema político dificilmente trabalha como conector entre interesses sociais e instituições políticas. Como manobra política dos governos para suprir este déficit, há um uso simbólico da normas e discursos jurídicos. O direito tem uma dimensão simbólica, o que não significa, necessariamente que as normas não produzam efeitos materiais, mas que os efeitos materiais produzidos não estão totalmente relacionados aos verdadeiros motivos para sua criação.

Contudo, apesar da possibilidade de utilização simbólica do Direito, a nova ordem constitucional brasileira não apresenta apenas uma nova concepção de Estado, mas também uma nova estrutura legal e contratual entre sociedade e Estado, que pressupõe a solidariedade como pactuação política e institucional para os que não conseguem suportar sozinhos as dificuldades impostas.

Para tanto, os direitos sociais do art. 6: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Notório que a partir deste artigo percebe-se o quanto o processo de consolidação democrática e de promulgação da Constituição de 1988 foi intenso, com muitas carências e uma necessidade de incorporar no texto constitucional todas as demandas reprimidas.

Estas demandas, entretanto, apesar das conquistas, ainda precisam avançar. E as resistências quanto à efetivação da justiça social afetam a concretização do Estado Social no Brasil. O campo jurídico pode contribuir mas desde que também tenha como pressuposto a conexão da justiça com as relações sociais de igualdade e desigualdade[52], inerentes a racionalidade do Estado Social. Os direitos sociais, especialmente os de proteção social, dependem desta nova racionalidade e da valorização do "empoderamento" inerentes a própria concepção de proteção social.

---

[52] "Justice is no longer linked to relationships of causality; it is read in the social relationships of *equality* and *inequality*. And there opens the chasm of knowing what ought to be the just combination of the two. This is the *principle* (and problem) of social justice." (EWALD, 1985, p. 67, grifos no original)

2. "SUJEITOS DE DIREITOS” E "EMPODERAMENTO"

A principal premissa para a abordagem aqui apontada é: o Estado Social tem como objetivo “incluir” grupos vulneráveis como indígenas idosos, crianças e adolescente; bem como cidadãos em situações geradores de necessidades (trabalhadores e seus dependentes quando diante da ausência de capacidade produtiva/laboral e pessoas portadores de limitações físicas).

Contudo, a questão reside nas possibilidades de mudança a partir do Direito, não apenas do reconhecimento destes direitos, conquista já alcançada, mas sim a partir dos sujeitos envolvidos. Esta nova percepção sobre a relação entre reconhecimento de direitos e seus titulares está inserida na lógica interna que Ewald aponta para o Estado Social.[53] A questão aqui é a efetivação dos direitos não porque são “necessidades" mas porque são “direitos”.

Para Axel Honneth (2003) a esfera do direito, baseada na relação jurídica, proporciona outro nível de reconhecimento que vai possibilitar a consideração e o reconhecimento dos demais membros da sociedade como iguais portadores de direitos. Antes de pertencer ao grupo, ao menos espontaneamente, a pessoa pertence a si própria, e deve, conhecer-se, descobrir-se, e como, decorrência deste processo de singularização, individuar-se a ponto de fazer escolhas conscientes.

Na mesma linha, Nancy Fraser (2001) desenvolve a argumentação que a justiça hoje requer tanto reconhecimento como redistribuição com relação a questões de gênero[54], mas utilizaremos parte deste raciocínio para apontar sua aplicação no contexto da proteção social:

> Mas o caráter ambivalente de gênero é fonte de um dilema. Como as mulheres sofrem pelo menos dois tipos de injustiça analiticamente distintos, elas necessariamente requerem pelo menos dois tipos analiticamente distintos de remédio: redistribuição e reconhecimento. No entanto, os dois remédios

---

[53] Boaventura de Sousa Santos (2002) trata da “reinvenção da emancipação social” perguntando se é possível emancipação social sem emancipação individual. Esta é uma das perspectivas de nossa análise - do individual para o coletivo e o papel de diferentes atores dos campos político, jurídico e social nesta “reinvenção”.

[54] Para conhecer mais sobre a relação entre direito à educação, gênero e empoderamento ver XIMENES (2013).

> apontam para direções opostas e não são facilmente perseguidos simultaneamente. Onde a lógica da redistribuição é eliminar as diferenças de gênero, a lógica do reconhecimento é valorizar a especificidade do gênero. Aqui, então, está a versão feminista do dilema redistribuição/reconhecimento: como podem as feministas simultaneamente lutar para abolir diferenciações de gênero e valorizar a especificidade do gênero? (p. 262)

Assim, a hipótese aqui lançada é que a política de direitos precisa atualmente enfrentar novo desafio: enxergar os "sujeitos de direitos", os “invisíveis" não a partir de suas necessidades, mas como direitos. Esta percepção, contudo, parte da internalização de um conceito de Estado Social não vivenciado pelo Brasil.

Isto porque o distanciamento entre “política" e “sujeito de direitos" pode ser agravado e de certa forma dificultar justamente a consolidação democrática.

> Esta crítica democrática se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio provo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demais a possibilidade do povo de se autogovernar. (SARMENTO, 2011, p. 97)

Portanto, “sujeitos de direitos” e cidadania caminham juntos e não apenas por intermédio da previsão normativa de direitos, mas a partir da própria questão do empoderamento, valorizando a autonomia nas práticas cotidianas. E como vincular o conceito de empoderamento ao direito?

O termo é frequentemente utilizado por movimentos de cunho emancipatório, relacionados ao exercício da cidadania como movimentos dos negros, das mulheres, dos homoafetivos, dos portadores de deficiência, dos idosos, etc, e “se refere ao processo de mobilização e práticas que objetivam

promover e impulsionar grupos e comunidades na melhoria de suas condições de vida, aumentando sua autonomia”. (KLEBA; WENDAUSEN, 2009) Assim, através deste processo, as pessoas renunciam ao estado de tutela, de dependência: “habilidade das pessoas de ganharem conhecimento e controle sobre forças pessoais, para agir na direção de melhoria de sua situação de vida”. (BAQUERO, 2001, p. 176)

Portanto, o empoderamento envolve um processo de conscientização das capacidades pessoais, de ruptura com fatores sociais e estruturais pré-concebidos, estereotipados.

> A experiência do empoderamento psicológico ocorre quando a pessoa vivencia seu poder em situações de carência ou de ruptura. Através dessa vivência, ela reconhece não apenas recursos e possibilidades pessoais ou coletivas, mas também sua capacidade em sair de uma posição de impotência e resignação, muitas vezes pré-determinada por um *script* social, convertendo esse conhecimento em ação social e na conformação de seu entorno. Além de fortalecer suas competências, a pessoa desenvolve novas habilidades para enfrentar em seu cotidiano incertezas, adversidades e situações de risco. (KLEBA;WNDAUSEN, 2009, p. 739)

E é no “engajamento” que reside a hipótese aqui apresentada sobre o resgate dos “sujeitos de direitos”: a cidadania inclusiva. Os direitos sociais, principalmente os direitos relacionadas a proteção social, especificamente os da assistência social, recebem ainda críticas no sentido de serem um "benefício aos necessitados”, uma compreensão típica da racionalidade liberal que não está presente na ordem constitucional brasileira atual.

A cidadania inclusiva pressupõe o que Fraser (2001) aponta como as duas compreensões de injustiça: socioeconômica, enraizada na estrutura político-econômica da sociedade, como exploração do trabalho; e cultural ou simbólica, arraigada a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, como o não-reconhecimento e o desrespeito.

Ainda na linha da necessidade de empoderamento dos sujeitos de direitos, podemos resgatar a perspectiva adotada pelos organismos internacionais na defesa dos direitos humanos. Vázquez e Delaplace (2011) apontam que:

> Daí que o empoderamento do sujeito esteja ligado ao direito à igualdade, a não discriminação, a ações afirmativas e à perspectiva de gênero; ele abrange a identificação de grupos em situação de vulnerabilidade, os elementos estruturais que geram essa condição (opressão estrutural) e a modificação dessas estruturas (não só mediante ações afirmativas, mas também através de ações transformativas) deixando claro que os DH [Direitos Humanos] são interdependentes, inter-relacionados e, por isso mesmo, indivisíveis. Podemos pensar a ideia de empoderamento a partir de uma pergunta essencial: como se constrói o laço comunicaste entre o governo e a população? Se a população continua recebendo um tratamento de súdito, isto é, o que em princípio é um direito lhe é concedido como um favor proveniente da magnanimidade do monarca através de políticas clientelistas, então não há um processo de empoderamento, não há uma PP [Política Pública] na perspectiva de DH. (p. 41)

Os autores em seguida apontam que a primeira demanda para “criar" o "sujeito de direito" na perspectiva de direitos humanos é o reconhecimento dos direitos, ou seja, a linguagem dos direitos, a política de direitos. Contudo, prosseguem, assim como o presente trabalho - apesar da importância da linguagem dos direitos é preciso conhecimento destes direitos e mecanismos de exigibilidade, jurisdicional e não jurisdicional.

Vieira (2008) destaca que:

> Ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica nos deslocamos de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser justificadas em termos jurídicos. A necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade. Nessas circunstâncias, o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade.(p. 201)

Um exemplo da relação entre política de direitos e os mecanismos de exigibilidade jurisdicional é a judicialização do Benefício de Prestação Continuada - BPC. Após anos de intensa judicialização sobre o critério para concessão do benefício, o Supremo Tribunal Federal, em 2013 declarou inconstitucional o critério, deixando para o campo político a definição e regulamentação de um novo critério, o do salário mínimo.

Contudo, para a hipótese aqui lançada, além da atuação do campo jurídico sob a perspectiva da judicialização, o desafio inclui uma sensibilização dos atores dos campo político e social sobre os direitos a proteção social como

“direitos" propriamente ditos e não como “dádivas" do Estado. Esta será nossa próxima análise.

3. "SUJEITOS DE DIREITOS" OU DE "NECESSIDADES"?

Procurando apontar as dificuldades dos “sujeitos de direitos” à proteção social e o estigma social que carregam, duas análises de políticas públicas de assistência social na perspectiva de cidadania inclusiva serão aqui tratadas.

A primeira delas é a pesquisa de Austin Sarat (1990) sobre a percepção dos sujeitos que recebem assistência social nos Estados Unidos. A conclusão da autora corrobora com a hipótese aqui levantada: de que os sujeitos dos direitos à assistência social não são “ouvidos” e que a burocracia e o sistema legal representam poder e dominação, distantes de sua verdadeiras necessidades.

> My research indicates that the welfare poor frequently contest what are often thought of as the key legitimating symbols of law, in particular the association of law with neutrality, disinterestedness, rule determinacy and rights. They are not “taken in” by those symbols, and, like others with continuous, regular contact with law, they have a realistic, if not cynical, view. They have complex and sophisticated views of the bureaucratic and social relations that obtain between welfare workers and legal services lawyers…
> Because the welfare poor are in positions of continuing dependency, they must engage in an uphill struggle to make their voices heard and their understandings of right and justice part of the legal order. (p. 377)[55]

No contexto da pesquisa, quando os sujeitos precisam procurar um advogado para receber a assistência social, eles se "individualizam e se humanizam perante a burocracia da assistência social” (servidores envolvidos).

> Getting a lawyer is as importante for the message it sends as for the results it produces. The message sent is a demand for respect, respect regularly denied in encounters with the welfare bureaucracy, a demand which cannot be fully captured by any claim to material benefits. Getting a lawyer makes it possible for

[55]Logo no início da autora destaca que: "I suggest that the legal consciousness of the welfare poor is a consciousness of power and domination, in which the keynote is enclosure and dependency, and a consciousness of resistance, in which welfare recipients assert themselves and demand recognition of their personal identities and their human need” (p. 344)

> some welfare recipients to live honourably with their continuing dependency. While the search for legal assistance may be a futile act insofar as it is understood in purely instrumental terms, it is a gesture that gives theses welfare recipients a name, an identity, a way of being heard; it ends the frustrating experience of speaking into a void and of going unnoticed that Chris and Barbara described. It forces recognition through an act of defiance. (p. 363)

Portanto, os sujeitos dos direitos entrevistados na pesquisa apontam que não se consideram titulares de direitos quando abordados pela “burocracia”, mas apenas quando lidam com os advogados, ou seja, quando realmente precisam demandar o exercício deste direito. A conclusão que podemos retirar desta pesquisa é justamente o papel que o direito pode exercer quando compreendido a partir do seu exercício, e não como concessão, como uma “doação”, ainda que continuem na “dependência" do Estado.[56] E como a percepção por parte do sujeito envolvido está relacionada a questões de justiça, de cidadania inclusiva.

Outra análise, agora brasileira, o Programa Bolsa Família - PBF. Trata-se de um programa de transferência direta de renda com condicionalidades, que beneficia famílias em situação de pobreza, e que visa à proteção e à promoção social dessa faixa da população brasileira, em três dimensões: a transferência de renda, que promove o alívio imediato da pobreza; as condicionalidades, que reforçam o acesso a serviços sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social, contribuindo para o rompimento do ciclo intergeracional da pobreza; e as ações e programas complementares, que objetivam o desenvolvimento das famílias, como contribuição essencial para que os beneficiários consigam superar diversas situações de vulnerabilidade.

As condicionalidades do Programa Bolsa Família são compromissos assumidos pelo poder público e pelas famílias com a finalidade de ampliar o acesso aos serviços básicos de educação, saúde e assistência social. No caso da

---

[56] “Law, as they see it, is no better, and no worse, than the social world in which it is embedded. Thus the welfare poor construct a consciousness of law on the basis of their daily deprivation, their experience of unequal, often demeaning treatment, and their search for tops with which to cope with an often unresponsive welfare bureaucracy. Law is, for the welfare poor, embodied in a particular set of lived conditions; theirs is a law of practices, not promises, of material transactions, not abstract ideals.”(p. 343)

educação, a condicionalidade é a frequência escolar mensal de 85% para crianças de 6 a 15 anos, e de 75% para adolescentes de 16 e 17 anos. Bimestralmente é realizado o registro da frequência à escola do público de 17 milhões de estudantes acompanhados em um total de cerca de 160 mil escolas em todo o país, em que se consta a presença de estudante de família pertencente ao PBF.

O objetivo essencial das condicionalidades é situar a pauta da desigualdade no acesso aos serviços de educação e de saúde, com o objetivo de que o poder público priorize seus esforços de apoio às famílias quanto ao seu direito de acesso aos serviços básicos de educação e de saúde. Pelo acompanhamento das condicionalidades é possível visibilizar o cenário de vulnerabilidades das famílias, bem como situações relacionadas às dificuldades de gestão e de acesso aos serviços sociais públicos. Para enfrentar estas questões, são desenvolvidas ações setoriais e intersetoriais (em especial entre as áreas de educação, saúde e assistência social) com o objetivo da permanência ou reinserção nos serviços básicos de educação e saúde. Em consequência, reforça o princípio da equidade e do acesso a direitos, o empoderamento a partir do direito que estamos abordando aqui.

Neste sentido, Walquíria Leão Rego (2008) elaborou uma pesquisa sobre a possibilidade de considerar o PBF como uma política de cidadania

> Diante deste conjunto de fatos, a principal hipótese da investigação se organiza no sentido de considerar o Programa Bolsa Família uma política de cidadania. Seu aprofundamento e ampliação como referidos acima constituem passo fundamental na luta política pelo aprofundamento substantivo da democracia brasileira. Desde que se parta da exigência que o debate da agenda democrática brasileira possua seu coração na agenda da cidadania. (REGO, 2008, p. 180)

Seguindo este raciocínio, de uma política pública de assistência social que permite o empoderamento dos "sujeitos de direitos", os resultados referentes à condicionalidade da educação quanto a trajetória escolar dos estudantes das famílias beneficiarias é significativo.

No decorrer do tempo, quanto mais apoiado pelos serviços sociais básicos de educação e assistência social, as crianças conseguem progressivamente resultados melhores a partir do ensino fundamental até o

ensino médio. No que se refere às taxas de aprovação no ensino médio, por exemplo, o resultado é 4,2 pontos percentuais (p.p.) melhor para os estudantes do PBF em relação aos demais da rede pública (79,7 contra 75,5). Na região Nordeste a taxa de aprovação no ensino médio é superior a 10 p.p. a favor dos estudantes do PBF contra os demais da rede pública.

TABELA 1

Comparação das taxas de abandono escolar entre os alunos do PBF e demais alunos do ensino médio da rede pública de ensino - Brasil e regiões (2012)

	Ensino médio			
	Taxa de abandono		Taxa de aprovação	
	Alunos PBF	Demais alunos	Alunos PBF	Demais alunos
Brasil	7,4	11,3	79,7	75,5
Norte	8,7	17,1	79,8	71,1
Nordeste	7,7	17,5	82,6	72,0
Sudeste	6,3	7,5	78,4	78,5
Sul	8,4	9,0	73,2	76,9
Centro-Oeste	8,0	11,4	75,0	72,7

Fonte: Censo escolar 2012 (INEP, 2012) e MDS.

Estes resultados apontam para a consolidação da capacidade para ação pública e para a fruição de direitos (*capability*), inerentes a própria ideia de empoderamento abordada anteriormente, inclusive porque interrompe o ciclo intergeracional da pobreza.[57]

[57] “Capability" e “functionings" - "os direitos sociais são decisivos para dotar as pessoas de capacitação minima para a constituição de sujeitos políticos demandantes de recursos públicas para atender às várias necessidades da vida””(REGO, 2008, p. 170). Além de ”movimentar as capacidades operacionais de uma pessoa para desenvolver suas habilidades naturais e adquiridas” (conforme Amartya Sen, apue REGO, 2008, p. 170)

> Nesta medida, o conjunto de direitos torna-se um padrão valorativo, um sistema que orienta as ações e atitudes dos cidadãos. Para tanto, precisa cimentar-se em princípios voltados à progressiva emancipação humana. Isto posto, o princípio fundamental da vivência de direitos assenta-se na conquista progressiva, por parte dos sujeitos, de autonomia política e moral, com destaque para sua capacitação em projetar politicamente seu destino social. (REGO, 2008, p. 154)

Assim, o PBF é um exemplo singular da problematização aqui apontada: as condicionalidades responsabilizam o Poder Público pela proteção social como direito inserido no Estado Social e não pela “necessidade”, mas também acarretam o exercício deste mesmo direito pelas famílias que buscam manter o acesso a educação para seus filhos e assim interromper o ciclo intergeracional da pobreza.

> Essas considerações nos levam a identificar um segundo nível de autonomia que pode ser atingido pelos sujeitos e que diz respeito não somente à dimensão estritamente individual, mas `a vida social e política em geral. A renda monetária básica condicionada, que o Estado deveria garantira aos cidadãos, não se limita a assegurar as condições materiais de vida e a fornecer a base da autonomia ética e moral dos indivíduos. Ao incluir o beneficiário no corpo dos cidadãos, promove nele um sentimento de identificação com a nação,devido ao reconhecimento de sua pessoa por parte das instituições políticas do Estado. Suas necessidades se tornam objeto de direitos, cuja satisfação ele pode exigir do poder público. Em contrapartida, exige-se dele que assuma suas responsabilidades perante a comunidade política e o próprio Estado. Assim, ocorre o aprendizado da cidadania em uma dupla dimensão: a do sujeito de direitos e a do sujeito de deveres. As duas dimensões são necessárias para que os indivíduos se considerem cidadãos, isto é, membros ativos do corpo político, e não meros clientes que recebem passivamente os serviços oferecidos pelo Estado. (REGO; PINZANI, 2013, p. 75)

E novamente retomamos nossa problemática: a aproximação entre Direito e Política sob a perspectiva dos "sujeitos de direitos” não da política de direitos. Abramovich (2006) [58] registra que a judicialização não é fruto das necessidades dos titulares dos direitos, mas de "sujeitos de direitos" que demandam prestações e condutas. Assim, três objetivos podem ser alcançados

---

[58] O autor trabalha no texto com direitos sociais e as políticas públicas para sua efetivação no contexto dos direitos humanos, utilizando estes como padrão para o desenho das políticas públicas. Para os fins do presente artigo nos apropriamos apenas da ideia sobre "sujeitos de direitos".

após o reconhecimento dos direitos e eventualmente com a sua judicialização: inclusão, participação e responsabilidade (aqui no âmbito das políticas públicas).

O autor levanta a necessidade de se inserir no debate sobre a formulação, implementação e avaliação das políticas públicas o "sujeito de direito" - no lugar de beneficiado, de pessoas com necessidades, refletirmos sobre titulares de direitos que demandam prestações e condutas.

> En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento. (2006, p. 36)

Portanto, no contexto de um Estado Social e sua lógica específica e da necessidade de efetivação dos direitos sociais em um país com altos índices de desigualdade socioeconômica, a perspectiva da inclusão e participação precisa ser abordada pelos diferentes atores do campo politico, jurídico e social de forma diferenciada da que tem sido utilizada, ainda influenciada pela racionalidade liberal.

Conclusão

Muito foi efetivado a partir do reconhecimento dos direitos sociais no texto constitucional de 1988, pressionando os diferentes atores do campo político e jurídico na definição e implementação de políticas públicas. Vieira (2008) trata das possibilidades de atuação dos atores jurídicos na inclusão dos mais vulneráveis: "Nessas circunstâncias, o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade.”(p. 201)

Contudo, a desigualdade econômica brasileira ainda é reconhecida como um dos nossos grandes desafios. Para erradicá-la é preciso a atuação da sociedade e das instituições, estatais ou não.

Neste sentido, o objetivo é compreender que não estamos falando de “beneficiados”, de assistencialismo, de “necessidades”, mas de direitos dentro da racionalidade constitucional do Estado Social.

A reflexão reside justamente no papel que o Direito e o campo jurídico poderão exercer para que estes “desconhecidos" sejam “reconhecidos” como "sujeitos de direito". Esta talvez seja a grande conquista do Estado Social brasileiro - reconhecer os “excluídos” e pressionar para a efetivação de seus direitos.

A recente discussão sobre as políticas de assistência social por ocasião das eleições presidenciais demonstraram que diferentes atores dos campos político, jurídico e social resistem a percepção dos “sujeitos de direitos” à proteção social. Ficou latente uma fratura social e política sobre o papel do Estado na proteção social, o que afeta o grau de coesão social da sociedade brasileira.

Os padrões sociais de representação e interpretação ainda resistem a compreensão dos direitos dos “sujeitos de direitos” que precisam de apoio para superar a desigualdade socioeconômica.

> Nesta medida, o conjunto de direitos torna-se um padrão valorativo, um sistema que orienta as ações e atitudes dos cidadãos. Para tanto, precisa cimentar-se em princípios voltados à progressiva emancipação humana. Isto posto, o princípio fundamental da vivência de direitos assenta-se na conquista progressiva, por parte dos sujeitos, de autonomia política e moral, com destaque para sua capacitação em projetar politicamente seu destino social. (REGO, 2008, p. 154)

A cidadania precisa ser compreendida de forma mais abrangente, não apenas na dimensão civil e política, e o Estado precisa assumir sua responsabilidade como “agência formativa e implementadora de políticas distributivas de renda e de recursos sociais, ou seja, de realizador e garantidos de políticas de cidadania” (REGO, 2008, p. 156).

A questão que persiste é compreender e conscientizar os atores do campo político, jurídico e social que a política de direitos atende "sujeitos de direitos" que não estão sendo “beneficiados" pelo Estado, mas detém a capacidade de exercício destes direitos na ordem democrática, em uma perspectiva de cidadania inclusiva de indivíduos até recentemente “invisíveis”.

A pactuação político e institucional inerente ao princípio da solidariedade do Estado Social previsto no texto constitucional de 1988 precisa ser resgatada.

Referências

ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. **Revista de la CEPAL**, n. 88 abr 2006

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? Uma discussão conceitual. **Revista Debates**. Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan/abr, 2012.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand, 1990.

EWALD, François. A concept of law. In: TEUBNER, Gunther. Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin/New York: Gruyter, 1985, p. 40-75.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.
KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. **Saúde Sociedade**. São Paulo, v. 18, n. 4, p. 733-743, 2009.

REGO, Walquíria Leão. Aspectos teóricos das políticas de cidadania: uma aproximação ao Bolsa Família. **Lua Nova**, São Paulo, 73, p. 147-185, 2008.

_____________________; PINZANI, Alessandro. **Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania**. São Paulo: UNESP, 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73-113.

SOUSA SANTOS, Boaventura; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org). Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-78.

SARAT, Austin. "…The law is all over": power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor. 2 **Yale J.L. & Human**. 343, p. 343-379, 1990.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas Púbicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. **SUR**, n. 8, n. 14, p. 35-65, jun. 2011.

VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In: VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César. **Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estúdios jurídicos críticos**. Bogotá: ILSA, 2003, p. 15-66.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 1, p. 185-201, jun/2008.

XIMENES, Daniel de Aquino. Desafios da relação entre educação e pobreza. In: KITTA, Eitler; BRANDÃO, Ana Paula (org). LÁSARO, André (coord). **Por que pobreza? Educação e Desigualdade**. Rio de Janeiro: Fundação Roberto Marinho, 2014, p. 67-75.

XIMENES, Julia Maurmann. A mulher e o direito à educação: instrumento de promoção da igualdade material. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Org.). **Manual dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2013, v. 1, p. 131-149.